Die Rechtsnatur des Hypothekenbriefes.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Kurt Kownatzki
Gerichtsreferendar.

1928.
Druck von Gebr. Fikuart, Hildesheim.

Gedruckt mit Genehmigung der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Stoffeinteilung.

Seite

A. Die Problemstellung 1

B. I. Die gesetzlichen Funktionen des Hypothekenbriefes 5

a) Die materiellrechtlichen Funktionen des Briefes 5

1. bei α) Entstehung 5
β) Erwerb des Hypothekenrechts 6

2. bei Übertragung des Hypothekenrechts 8
α) Abtretung 8
β) öffentlicher Glaube 9
γ) Verpfändung 11
δ) Nießbrauchsbestellung 13

3. bei Geltendmachung des Hypothekenrechts 13

4. bei Aufhebung des Hypothekenrechts 17

b) Die formellrechtlichen Funktionen des Briefes 18

1. Auskunfts- und Beweisfunktion des Briefes 18
α) seine Ausstellung, Form und Inhalt 18
β) Gesamthypothekenbrief, Teilhypothekenbrief . . 19
γ) Aushändigung 20
δ) Erneuerung 20

2. Bedeutung des Briefes für den Verkehr mit dem Grundbuchamt (§ 42 GBO.) 21

c) Amortisation des Briefes 22

II. Die Rechtsnatur des Briefes 22

a) Die Einreihung des Hypothekenbriefes in das System des Wertpapierrechtes 23

1. Begriff und Einteilung der Wertpapiere 23

2. Allgemeine Voraussetzungen, die eine Urkunde zum Wertpapier machen, und ihre Erfüllung durch die rechtliche Gestaltung des Hypothekenbriefes 25
α) Verbriefbares Recht 26
β) die Urkunde als Träger des Rechts 26
γ) die Urkunde als Ausweis bei Ausübung des Rechts 29
1. die Legitimationskraft 29
2. die Rechtsscheinwirkung 32
δ) das Präsentationspapier 34
ε) das Einlösungspapier 34
ζ) die Amortisierbarkeit 35

3. Rektapapier und Hypothekenbrief 37

4. Der Brief als Wertpapier sui generis 38

b) Zusammenfassung: Der Brief als sachenrechtliches Papier des BGB. 41

C. Der Pfandbrief als Ergänzung des Hypothekenbriefs 44

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Achilles-Greif, Kommentar zum BGB., Berlin-Leipzig 1923.
Arnheim, Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.
Bacmeister, Das Recht der Wertpapiere im Allgemeinen, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.
Biermann, Das Sachenrecht des BGB., Berlin 1913.
Brauer, Hypothekenbrief und Erbschein als Träger des Verkehrsschutzes nach dem Rechte des BGB., Jur. Diss., Halle 1924.
Brunner, i. Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. II 1882.
Busch, Das Recht der Hypothekenschuldurkunde i. Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark., Notariat und Zwangsversteigerung, 1922, S. 693 ff.
Cosack u. Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Abtl. 1, Sachenrecht, Recht der Wertpapiere, 7. und 8. Aufl., Jena 1924.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905.
Denkschrift zum Entwurf II einer GBO.
Dennler, Der Hypothekenbrief des neuen Rechtes, i. Seuff. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 68 S. 153 ff.
Dernburg, Sachenrecht, Bd. 3, 4. Aufl. Halle 1908.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Abtl. 1, Sachenrecht, Berlin 1905.
Enneccerus, Kipp & Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Abtlg. 1, Sachenrecht, bearbeitet von Wolff, Marburg 1926.
Fett, Die rechtliche Natur des Hypothekenbriefs, Jur. Diss. Rostock 1912.
Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Recht, i. Arch. f. bürgl. Recht, Bd. 14 S. 233 ff.
Fischer-Schaefer, Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reich und Preußen, Berlin 1902.
Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Triebel, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin 1925.
Güthe, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, Berlin 1914.
Hachenburg, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97, 2. Aufl., Mannheim 1900.
Jacobi, Grundriß des Rechtes der Wertpapiere, Leipzig 1922.
Knieper, Der Hypothekenbrief, Jur. Diss., Marburg 1922.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Vermögensrecht, Teil II, Sachenrecht, Berlin 1919.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB., Leipzig 1906.

Leweck, Die landschaftlichen Hypothekenbriefe, Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern, 1904, S. 137 ff.
v. Meibom, Das Mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig 1871.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 3. Bd., 7. und 8. Aufl., München und Berlin 1888 (zit. Mot.).
Motive zum Entwurf I einer GBO., 1897.
Nußbaum, Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, Tübingen 1921.
Oberneck, Das formelle Reichsgrundbuchrecht, i. Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, S. 877 ff. 6. Folge, Berlin 1897.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin 1909.
Ostermeyer, Der Hypothekenbrief, i. Gesetz und Recht, 1903, S. 109 ff.
Planck, Kommentar zum BGB., Bd. 3, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin-Leipzig, 1920.
Predari, Kommentar zum BGB., 2. Bd., Abtl. 4, 2. Aufl., 1913.
Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB., Bd. 3, Berlin 1897 (zit. Prot.).
Regelsberger, Studien im bayrischen Hypothekenrecht, i. d. Blättern für Rechtsanwendung in Bayern, 1872.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, 2. Bd., Sachenrecht, Berlin-Leipzig 1926.
Rittmann-Wenz, Kommentar zum Gerichtskostengesetz, 13. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1927.
Scherer, Ist der Hypothekenbrief ein Wertpapier? In der Zeitschrift für Rechtspfl. in Bayern, 1910, S. 228 ff., S. 252 ff.
v. Schwerin, Recht der Wertpapiere, Berlin-Leipzig 1924.
Soergel, BGB. nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin-Leipzig 1926.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd., 1. Halbbd., Berlin-Leipzig 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. 3, erläut. von Kober, München-Berlin 1925.
Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preuß. Ausführungsbestimmungen, Bd. 1, Das Sachenrecht des BGB., 3. Aufl., Paderborn 1906.
Werner, Die Grundbuch- und Hypothekengesetze von 1872 nebst Materialien.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des BGB., Berlin 1904.

A. In dem System des Grundpfandrechts führt uns die gesetzliche Regelung des BGB. zu einer strengen Unterscheidung von Verkehrs- und Sicherungshypothek. Dient die Sicherungshypothek, wie ihr Name sagt, ausschließlich Sicherungszwecken, so tritt bei der Verkehrshypothek das Moment der Verkehrsfähigkeit neben das der Sicherung. Der Gesichtspunkt einer möglichst großen Verkehrsfähigkeit hat erhöhte Beachtung gefunden bei der Abfassung der gesetzlichen Bestimmungen über die Verkehrshypothek.[1]) War ursprünglich im Entwurf I geplant, bei der Bestellung einer Hypothek als gesetzliche Form der Hypothek die Buchhypothek festzusetzen und die Bestellung einer Briefhypothek der ausdrücklichen Parteivereinbarung zu überlassen, so wurde im Entwurf II und in der endgültigen gesetzlichen Fassung des BGB. doch dieser Standpunkt verlassen. Man wählte vielmehr unter Berücksichtigung ihrer höheren Verkehrsfähigkeit[2]) die Briefhypothek als gesetzliche Form der Hypothek (§§ 1113, 1116, I. BGB.) und überließ es im Gegensatz zu Entwurf I dem Parteiwillen, durch Ausschließung des Hypothekenbriefs eine Buchhypothek zu schaffen. (§ 1116 II.)

Diese Hervorhebung der Briefhypothek und die dadurch zur Regel gewordene Einrichtung und Verwendung des Hypothekenbriefs scheint nun aber eine starke Abweichung von dem dem Immobiliarsachenrecht des BGB. zugrunde liegenden Prinzip zu bedeuten; denn das Immobiliarrecht des BGB. ist aufgebaut auf dem Grundbuchsystem, d. h. rechtliche Vorgänge wie Begründung, Übertragung, Aufhebung dinglicher Rechte sind im Grundstücksrecht ohne Zuhilfenahme des Grundbuchs nicht möglich. Im Hypothekenbrief begegnet uns aber ein Institut, das dem Grundpfandrecht die Freiheit von den Fesseln des Grundbuchs bringt, indem an die Stelle des schwerfälligen Grundbuchs ein flatterhaftes Papier tritt und in der unzuverlässigen Hand der Parteien Funktionen des Grundbuchs ausübt.

Fragen wir, bevor wir dieser außergewöhnlichen Tatsache auf den Grund gehen und uns mit den rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefs im einzelnen beschäftigen, nach dem Zweck dieser Ausnahmeregelung, so ist es eben nur der schon oben erwähnte Gedanke, der den Gesetzgeber leitete: es soll durch eine vereinfachte Übertragungsform außerhalb des Grundbuchs[3]) — denn gerade, aber auch nur in diesem Punkte leuchtete dem Hypothekenrecht die Freiheitsfackel — die Briefhypothek in hohem

[1]) Staudinger, Bem. 1 zu § 1116 — Planck Vorbem. S. 755; RGZ. 77, 425.
[2]) Achilles-Greif S. 532 Vorbem. 1.
[3]) Cromer § 471 Note 7: „Der Brief ist gerade zur Erleichterung der Abtretung erfunden worden."

Maße verkehrsfähig gemacht werden.[1]) Man hat hierzu das Schlagwort von der „Mobilisierung der Hypothek“ geprägt.[2])

Betrachten wir die nicht lange Entwickelung, die die Briefhypothek und mit ihr der Hypothekenbrief durchgemacht haben,[3]) bis sie zu der Stellung gelangten, die ihnen heute der auf dem BGB. aufbauende Rechtsverkehr zuweist, so erkennen wir, daß schon in ihren ersten Anfängen die gleichen Gesichtspunkte für ihre Einführung und Handhabung ausschlaggebend waren, wie wir sie eben für die Ausbildung dieser Institute im BGB. feststellen konnten. Daß trotzdem die Entwickelung der Briefhypothek in den einzelnen deutschen Staaten bis zur einheitlichen Regelung im BGB. des Deutschen Reiches Sonderwege gegangen ist, darf nicht verwundern, wenn wir divergierende politische, wirtschaftliche, rechtliche und kulturelle Beeinflussung und Einstellung der deutschen Einzelstaaten vor der Reichsgründung berücksichtigen.

Unsere moderne Wirtschaft, hervorgegangen aus der Geldwirtschaft des 18. und 19. Jahrhunderts, basiert auf dem System des Kapitalismus. Dessen Hauptfaktor bildet der Geld- und Kreditverkehr, und dieser wiederum bedient sich in der Form des Realkredits der Hypothek als Kapitalanlage. Ausschlaggebend für die Brauchbarkeit rechtlicher Institute zu Zwecken des Kapitalismus ist einmal vor allem die Sicherheit, die sie für die

---

[1]) Turnau-Förster Bem. 4 zu § 1116. Staudinger Bem. 1 zu § 1116. Planck Vorbem. S. 755. RGZ. 77, 425.

[2]) Crome § 466, 2a, § 470. Güthe, Grundlagen S. 33.

[3]) Das Mittelalter schuf in der Blütezeit der deutschen Städte, die eine Erstarkung und den Ausbau der Stadtwirtschaft herbeiführte, das Institut der Rentenbriefe. Die Stadtwirtschaft, die im Gegensatz zu der bisher herrschenden Naturalwirtschaft eine Geldwirtschaft war, benutzte die Rentenbriefe als Wertträger. Denn durch den Rentenbrief wurde das Recht auf die Rente beweglich gemacht, indem durch bloße Übergabe des Briefes der Rentenanspruch übertragen werden konnte. Es wurde auf diese Weise ein Wertpapier geschaffen, das Gegenstand des Geldverkehrs sein konnte. Die weitere Entwickelung dieser liegenschaftlichen Rentenurkunden wurde jedoch durch die Rezeption des römischen Rechts unterbrochen, das ja überhaupt dem deutschen Liegenschaftsrecht wenig hold war und seine Entwickelung erheblich störte. Jenes Institut des Rentenbriefs der mittelalterlichen Städte verschwand, und es besteht kein Zusammenhang zwischen ihm und den Hypothekenurkunden des heutigen Rechts.

Erst die Preußische Hypothekenordnung vom 20. 12. 1783 griff den deutschrechtlichen Gedanken, auf Geldleistungen gerichtete Rechte an Liegenschaften durch Verbriefung beweglich zu machen, wieder auf. Jedoch ging die Preußische Gesetzgebung nur zaghaft vor und schuf zunächst in den Hypothekenscheinen pro informatione und in vim recognitionis Hypothekenurkunden, die wörtliche und beglaubigte Abschriften der Grundbuchblätter waren und lediglich zu Auskunftszwecken dienten. (Tit. 2 § 301 ff. und § 33 ff. Hy.-O. 1783.) Materiellrechtliche Funktionen wurden diesen Papieren zunächst noch nicht übertragen.

Das Preußische Gesetz vom 24. 5. 1853 brachte nur Abänderungen in der Form der Urkunde. Ihre Bedeutung blieb die gleiche. Erst die Preußische Grundbuchordnung vom 5. 5. 1872 bildete das System der Briefhypothek aus.

Realisierung bieten, dann ihre Verkehrsfähigkeit, die nach ihrer leichten Beweglichkeit und Verwertbarkeit beurteilt wird.[1])

Die Sicherheit der Kapitalanlage ist durch die Hypothek mit ihrer dinglichen Verhaftung des Grund und Bodens zweifellos gewährt.

Auch der zweiten Anforderung ist durch das Gesetz entsprochen worden, indem es die Verkehrshypothek in der Gestalt der Briefhypothek zu einem beweglichen und leicht verwertbaren Werkzeug für den Verkehr schuf.

Nun bilden die Hauptstützen und Werkzeuge des Handelsverkehrs die Wertpapiere, da sie in vollkommenstem Maße nach Form und Inhalt den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens gerecht werden. Denn sie weisen alle Eigenschaften, vor allem leichte Übertragbarkeit, leichte und gesicherte Realisierung des im Papier verkörperten Vermögensrechts auf, welche sie als Objekte des Verkehrs, speziell des Geldverkehrs, besonders geeignet erscheinen lassen.

Zwar besteht keine allgemeine gesetzliche Regelung des Wertpapierrechtes, nur für einzelne Arten von Wertpapieren sind gesetzliche Sonderbestimmungen getroffen. Doch aus diesen Einzelbestimmungen haben Wissenschaft und Praxis allgemeine Grundsätze des Wertpapierrechtes abgeleitet. Diese allgemeinen Regeln dienen natürlich dem allen Wertpapieren als Gattung innewohnenden Zweck, während die speziellen Normen die besonderen Aufgaben des einzelnen Papiers bestimmen. Aufgabe und Zweck aller Wertpapiere ist es aber, wie wir oben festgestellt haben, Träger und Objekte des Verkehrs, Funktionäre des kapitalistischen Wirtschaftssystems zu sein.

Die Übertragung der Hypothek erfolgte zwar allein durch schriftliche Abtretungserklärung, doch war zur Geltendmachung des Hypothekenrechts, sowie zur Eintragung von Verfügungen über die Hypothekenforderung stets der Brief erforderlich.

Dieses System der Briefhypothek der preußischen Gesetze wurde von Oldenburg, Coburg-Gotha, Braunschweig, Mecklenburg übernommen.

Die Entwickelung ging dann dahin weiter, daß das Hypothekenrecht noch enger mit der Urkunde verknüpft wurde. Der Erwerb der Hypothek wurde von der Übergabe des Briefes abhängig gemacht. So in dem Braunschweigischen Eigentumserwerbsgesetz vom 8. 3. 1878.

An die Gestaltung des Briefes in den preußischen Gesetzen knüpft dann das BGB. an.

Dagegen hatte sich in den süddeutschen Staaten, vornehmlich in Bayern und Württemberg, dann auch in Sachsen das System der Buchhypothek ausgebildet. Hier blieb das Hypothekenrecht in vollkommener Abhängigkeit vom Grundbuch und seiner Schwerfälligkeit unterworfen. Die verschiedenen Hypothekenurkunden, die das bayrische Recht kennt, haben nur die Bedeutung von Auskunftspapieren, ähnlich den Hypothekenscheinen des preußischen Rechts. Sie unterscheiden sich voneinander lediglich durch eine mehr oder weniger große Ausführlichkeit des wiedergegebenen Grundbuchinhalts. Der bayerische Hypothekenbrief war daher nicht berufen, im Wirtschaftsleben eine Rolle zu spielen. Er hat auf die Gestaltung des Hypothekenrechts im BGB. keinen Einfluß gehabt.

Lit. Güthe Vorbem. zum 3. Abschnitt. Oberneck § 133, 2. Fischer S. 234.

[1]) RGZ. 16, 85.

Die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Fassung dieser allgemeinen Normen des Wertpapierrechts zu entscheiden, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Es ist lediglich zu berücksichtigen, daß ein allgemeines Gesetz zwar nicht besteht, daß aber ihm gleichwertig sind die von der Wissenschaft und Rechtsprechung auf der Grundlage der Sonderbestimmungen aufgestellten allgemeinen Grundsätze, auf welchen statt des Gesetzes der heutige Wertpapierrechtsverkehr aufbaut.

Wir haben gesehen, daß über dem Hypothekenbrief die Devise schwebt: „Mobilisierung der Hypothek" dienstbar dem Verkehr. Auf der anderen Seite aber steht die vollkommene Unterwerfung der dem Handelsverkehr bestimmten Wertpapiere unter die Forderungen und Anschauungen des Kapitalismus. Wie nahe liegt da der Gedanke, den Hypothekenbrief, der eine Urkunde ist und nach der ratio des Gesetzes die Tendenz eines Verkehrsdieners hat, gänzlich hinüberzuziehen in das Lager der Wertpapiere und ihn ihren allgemeinen Grundsätzen zu unterwerfen. Und was gedacht wurde, ist auch getan worden. Man hat versucht, den Hypothekenbrief zum Wertpapier zu stempeln und in gleicher Weise im Wirtschafts- und Rechtsleben zu verwenden, wie die anderen Funktionäre des Handels- und Geldverkehrs, die Inhaber-, Order- und sonstigen Wertpapiere.

Im Wirtschaftsverkehr sind zunächst diese Gedanken gedacht, diese Forderungen aufgestellt worden. Von dort her sind sie in das Rechtsleben eingedrungen und von der Rechtswissenschaft aufgegriffen worden. Doch ist die Stellungnahme der Rechtsgelehrten zu dieser Frage keine einheitliche und auch in der Rechtspraxis haben sich diese Forderungen nicht allgemein durchsetzen können. Es handelt sich aber bei dem Kampf um die Wertpapiernatur des Briefes um eine Frage, die weite und für den Verkehr wichtige Gebiete des Handelsrechts berührt, so daß im Interesse des Verkehrs die Klärung dieser Streitfrage dringend erforderlich erscheint. Dem inneren Wesen des Gesetzes entspricht es, nicht Selbstzweck zu sein, sondern dem Gemeinschaftsleben der sozialen Ordnung, der Wirtschaft zu dienen. Das Wirtschaftsleben bildet einen wichtigen Teil des Gemeinschaftslebens, und gerade in unseren Tagen müssen seine Forderungen erhöhte Beachtung finden. Um aber dem Wirtschaftsleben in vollkommener Weise dienen zu können, muß das Gesetz seinen mannigfachen Forderungen gerecht zu werden versuchen. Und wo eine Lücke klafft zwischen dem Gesetz und den tatsächlichen Bedürfnissen des freier Entwicklung unterliegenden Wirtschaftslebens, wo bedeutungsvolle Fragen offen gelassen sind, da ist es Aufgabe der Wissenschaft und Rechtsprechung einerseits, der Gesetzgebung andererseits, diese Lücken zu schließen, den auftauchenden Fragen die Antwort zu geben. Zwei Wege sind damit angedeutet, die auch in unserem Falle allein die dringende Frage nach der Wertpapiernatur des Hypothekenbriefs lösen können. Die erste

Möglichkeit ist der Versuch, durch Auslegung der bestehenden Rechtsnormen, d. h. durch Ermittelung und Feststellung des Sinnes und Zweckes der gesetzlichen Regelung die erhobene Forderung zu erfüllen, die zweite Möglichkeit aber, die gewaltsamere, durch Änderung des Gesetzes es den neuen Bedürfnissen des Wirtschafts- und Rechtslebens anzupassen.

Welcher von den beiden Wegen gangbar ist, und wie die Antwort zu lauten hat, das festzustellen, hat sich diese Arbeit zur Aufgabe gesetzt. Es soll insbesondere geprüft werden:

1. Kann die nicht im Gesetz ausgesprochene, vom Verkehr aber verlangte Wertpapiernatur des Hypothekenbriefes de lege lata aus seinen rechtlichen Funktionen hergeleitet werden? Sind die allgemeinen Normen des Wertpapierrechtes auf den Hypothekenbrief anwendbar, oder sind vom Gesetz selbst die Grenzen gezogen gegen eine Verwendung des Briefes auf Gebieten und zu Zwecken, die vom Gesetzgeber bei Schaffung des Hypothekenbriefes nicht gewollt sein konnten?

2. Wie wäre die Frage de lege ferenda zu entscheiden?

B. I. Oben bereits wurden Bedenken geäußert über die mit der Briefhypothek getroffene Ausnahmeregelung, die dem Rechtssystem des Immobiliargüterrechts nicht zu entsprechen scheint. Betrachten wir jedoch im einzelnen die rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefs und sein Verhältnis zum System des Grundpfandrechts, so müssen wir feststellen, daß die Briefhypothek keine Revolution des Grundpfandrechts bedeutet, sondern daß sich der Brief mit dem Grundbuchsystem, das für das Grundpfandrecht gilt, sehr wohl verträgt.

a. Prüfen wir zunächst die materiellrechtlichen Bestimmungen.

1. *a)* Jede Hypothek, auch eine Briefhypothek, kann entstehen nur durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch gemäß §§ 1113, 873 BGB. Die Hypothek, d. i. Verpfändung eines Grundstücks, bedeutet nach § 1113 BGB. eine Belastung des Grundstücks in der Weise, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist. Diese Definition des § 1113 BGB. gilt für alle Arten von Hypotheken, für die sogenannten Verkehrshypotheken, die Buch- und Briefhypothek, wie für die Sicherungshypothek mit der Einschränkung des § 1184 BGB.

Mit diesem Begriff der Hypothek hat der Brief absolut nichts zu tun. Es wird also in der Briefhypothek keine neue, besondere Kategorie von Hypotheken aufgestellt, die nach anderen Regeln außerhalb des Hypothekenrechts zu bewerten wäre, vielmehr wird auch die Briefhypothek bei ihrer Entstehung dem Hypothekenrecht

(§ 1113 BGB.) fest eingefügt und durch Eintragung (§ 873 BGB.) an das Grundbuch gebunden, wie jede andere Art der Grundstücksverpfändung.

Mit der Briefhypothek eng verbunden ist der Hypothekenbrief. Für sich allein hat er keine Bedeutung. § 1116 Abs. 1 BGB. sagt: Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief erteilt. Natürlich muß erst eine Hypothek rechtsgültig nach §§ 1113, 873 BGB. entstanden sein, bevor über sie der Brief ausgestellt werden kann.

Nach der Mußvorschrift des § 1116 Abs. 1 BGB. ist bei jeder Bestellung einer Hypothek diese stets Briefhypothek, falls nicht § 1116 Abs. 2 BGB.[1]) zutrifft. Diese Bestimmung steht in keinem Widerspruch, wie es zuerst scheinen möchte, mit dem, was oben über Begriff und Entstehung der Briefhypothek gesagt wurde. Denn nicht § 1116 Abs. 1 BGB., sondern § 1113 BGB. bildet die Grundregel, die den allgemeinen Begriff der Hypothek formuliert, und auf der der § 1116 BGB. aufbaut. Die Mußvorschrift des § 1116 Abs. 1 BGB. erklärt sich lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen, wie wir sie bereits oben unter dem Schlagwort: „Mobilisierung" des nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1113, 873 BGB. entstandenen Hypothekenrechts zusammengefaßt haben. Bei der Entstehung des einzelnen Hypothekenrechts spielt der Brief also keine Rolle.

β) Nach § 1117 Abs. 1 BGB. erwirbt der Gläubiger die Hypothek erst, wenn ihm der Brief vom Eigentümer übergeben ist oder eins der Traditionssurrogate (§§ 929 Satz 2, 930, 931 BGB.) Anwendung gefunden hat. Dieser Umstand könnte zu dem Bedenken Anlaß geben: die Briefhypothek entstehe erst mit der Übergabe des Briefes an den Gläubiger. Man könnte sagen, solange der Brief nicht übergeben sei, stehe die Hypothek als Eigentümergrundschuld gemäß § 1163 Abs. 2 BGB. dem Eigentümer zu. Erst die Übergabe des Briefes bewirke die Entstehung der Hypothek und des Hypothekenanspruchs für den Gläubiger. Insofern wäre also der Hypothekenbrief an der Entstehung des Hypothekenrechts, die mit dem Rechtserwerb durch den Gläubiger zusammenfällt, beteiligt. Das Hypothekenrecht würde durch die Ausstellung und Übergabe des Briefes begründet, und wir hätten in dem Hypothekenbrief eine konstitutive Urkunde zu sehen.[2])

Hiergegen ist aber einzuwenden: einmal kann nach § 1117 Abs. 2 BGB. rechtswirksam auf die im Abs. 1 § 1117 BGB. geforderte Übergabe verzichtet und diese durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Die Entstehung und auch der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger erfolgen

[1]) Abs. II: Die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden.
[2]) a. A.: Cosack § 77 II. 5. e) u. Enneccerus Bd. 2 § 142 II.

dann schon mit der Einigung und Eintragung vor der Briefausstellung. Dadurch wäre der Brief von der Mitwirkung bei der Entstehung der Hypothek ausgeschaltet.

Da ferner im Regelfalle sämtliche Voraussetzungen für eine Hypothek, wie Forderung, Einigung und Eintragung als Hypothek, vorhanden sein werden, so steht nichts im Wege, das eingetragene Recht schon vor der Briefübergabe als gültig entstandene Hypothek anzusehen. Nur ist diese Hypothek bis zum Ersterwerb durch Briefübergabe in ihrer Wirkung als Briefhypothek zeitweilig neutralisiert zu einer Eigentümergrundschuld. In diesem Sinne ist § 1163 Abs. 2 BGB. aufzufassen.

Sein Wortlaut steht der Annahme, daß schon vor der Briefübergabe eine Hypothek entstanden sei, nicht entgegen. § 1163 Abs. 2 BGB. will zum Schutze des Eigentümers bei zwischenzeitlichen Verfügungen von der Entstehung der Hypothek durch Eintragung bis zum Erwerb durch Briefübergabe ein materiellrechtliches Vacuum vermeiden und darum die schwebend unwirksame Briefhypothek als Eigentümergrundschuld gewertet wissen. Die Natur des eingetragenen Rechtes berührt diese Bestimmung nicht.

Die Funktion, welche der Brief nach § 1117 Abs. 1 BGB. beim Erwerbe der Hypothek zu erfüllen hat, bezweckt die Sicherung sowohl des Eigentümers als auch des Gläubigers. Denn der Eigentümer hat die Sicherheit, Zug um Zug gegen Hingabe des Briefes die Schuldsumme zu empfangen, für die er sein Grundstück hypothekarisch belasten will, der Gläubiger aber erwirbt das hypothekarische Pfandrecht zur Sicherung seiner Forderung sofort mit der Übergabe des Briefes.

Aus dieser Hingabe des Briefes Zug um Zug gegen Empfang der Valuta könnte ein weiteres Argument für die konstitutive Eigenschaft des Briefes hergeleitet werden. Denn das Gesetz geht im § 1113 BGB. aus von der Regel, daß zuerst die Valuta hingegeben, für die entstandene Dahrlehnsforderung dann eine Hypothek eingetragen wird. Entsteht eine Forderung aber erst bei der Hingabe des Briefes Zug um Zug gegen Empfang der Darlehnsvaluta, so trifft, wenn vorher die Eintragung einer Hypothek und die Ausstellung eines Briefes erfolgen, § 1113 Abs. 1 BGB. nicht zu, und eine Hypothek ist nicht entstanden. Denn es würde an einer bestehenden Forderung fehlen, die die Akzessorietät des Pfandrechts verlangt. Das eingetragene Recht wäre in diesem Falle eine Grundschuld (§§ 1163, 1177 BGB.), da ein Schuldgrund, nämlich eine Forderung, nicht vorhanden ist. Die Umwandlung in eine Hypothek aber würde erst beim Empfang der Valuta durch Hingabe des Briefes erfolgen. Diese Übergabe würde also erst die Briefhypothek zur Entstehung gelangen lassen, und man käme zu dem Ergebnis, daß in diesem Falle der Brief konstitutiv wirksam ist.

Aus dem dinglichen Vertrage der Einigung und aus der Eintragung der Hypothek als Briefhypothek und der Ausstellung

eines Hypothekenbriefes auf den Namen des Gläubigers geht aber der Wille der Beteiligten hervor, eine Hypothek nach §§ 1113, 1116 BGB. zu schaffen. Soll die Hingabe der Schuldsumme, d. h. die Entstehung der Forderung erst Zug um Zug gegen Übergabe des Briefes erfolgen, so handelt es sich hier um eine künftige Forderung, deren Entstehung abhängt von der in Zukunft erfolgenden Briefübergabe. Da für eine solche Forderung nach § 1113 Abs. 2 BGB. rechtswirksam eine Hypothek bestellt werden kann, so wird also die Hypothek entsprechend dem Willen der Parteien schon mit der Einigung und Eintragung geschaffen, auch wenn die Forderung tatsächlich erst später nach Empfang der Hypothekenvaluta gegen Hingabe des Hypothekenbriefes entsteht.

Als Ergebnis ist demnach festzustellen, daß der Brief nur im Falle des Ersterwerbes einen beschränkten Einfluß auf das Wirksamwerden der Hypothek hat, daß er aber unbeteiligt bleibt bei der Entstehung des hypothekarischen Rechts.

2. α) Nach § 1154 Abs. 1 BGB. ist zur Übertragung der Hypothekenforderung Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Briefes erforderlich. Mit der Übertragung der Forderung geht nach § 1153 Abs. 1 BGB. zugleich auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

§ 1153 BGB. enthält, wie schon oben erwähnt,[1]) eine Abweichung vom Grundbuchprinzip des BGB. Kann sonst nach § 873 BGB. ein dingliches Recht an einem Grundstück nur durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch übertragen werden, so genügt hier zur rechtsgültigen Zession der Briefhypothek schon eine privatschriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe,[2]) d. h. die Hypothekenübertragung ist geregelt nach den für die Abtretung von Forderungen geltenden Bestimmungen der §§ 398 ff. BGB.,[3]) die für die Hypothekenforderung nur im einzelnen qualifiziert sind.[4])

Bei der innigen Verknüpfung von Hypothek und obligatorischem Forderungsrecht, in § 1153 BGB. noch einmal ausdrücklich hervorgehoben, lag eine Verwendung der Zessionsnormen auch für die Übertragung des dinglichen Rechts nahe.

Schriftliche Form für die Erklärung des Zedenten und Briefübergabe sind zu gleichwertigen gesetzlichen Bedingungen des Zessionsvertrages gemacht. Die Annahme der Erklärung seitens des Zessionars unterliegt keiner Formvorschrift.

---

[1]) S. 1 oben.

[2]) Die durch die Trationssurrogate der §§ 929, 930, 931 BGB., sowie durch die Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 BGB. ersetzt werden kann.

[3]) § 1156 BGB. schließt jedoch §§ 406—408 BGB. in Ansehung der Hypothek aus. § 1154 Abs. 1 Satz 2 entspricht § 403 BGB.

[4]) Oberneck § 133, 2, Fischer. S. 265 Anm. 44.

Sind beide in gleicher Weise gesetzliche Bedingungen des Zessionsvertrages, so bedeutet das: weder der Besitz des Briefes noch die formgerechte Abtritterklärung[1]) vermögen für sich allein einen rechtswirksamen Übergang des Hypothekenrechts zu bewirken. Wir werden diesen Umstand unten zu berücksichtigen haben.

Wir finden hier den Hypothekenbrief in einer Rolle, die ihn bei der Übertragung der Briefhypothek unentbehrlich macht.[2])

Wie oben schon gesagt, wurde diese Art der Übertragung des Immobilienpfandrechts vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitserwägungen gewählt. Anstelle des in mancher Weise beschwerlichen und langsamen Weges über das Grundbuch soll unter Zuhilfenahme des Briefes die Möglichkeit einer schnellen und leichten Weiterbegebung der Hypothek geschaffen werden.

β) Wird so auf der einen Seite die Briefhypothek vom Grundbuch gelöst, so kann doch auf der anderen Seite das Prinzip des öffentlichen Glaubens, der im Liegenschaftsrecht allein durch das Grundbuch gewährleistet wird (§ 891 ff. BGB.), mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit nicht entbehrt werden. Der Rechtsverkehr kann auf den öffentlichen Glauben nicht verzichten,[3]) und es muß daher ein Ersatz oder besser eine Brücke geschaffen werden, die aus der uferlosen Freiheit der grundbuchbefreiten Hypothekenübertragung in den sicheren Schutz des öffentlichen Glaubens zurückführt.

Die Hypothek ist durch den Brief und im Brief nun nicht zu einer beweglichen Sache geworden, so daß man die Gutglaubensregeln der §§ 932 ff. BGB. anwenden könnte,[4]) sondern die Briefhypothek ist im Grundbuch eingetragen. Aus dem Grundbuch nimmt sie ihren Ursprung, im Grundbuch besteht der Eintrag rechtswirksam fort und zu diesem Ausgangspunkt braucht man nur zurückzugehen, um den erforderlichen Verkehrsschutz zu erhalten.

Die Brücke bildet § 1155 BGB., der die Vorschriften des öffentlichen Glaubens §§ 891 ff. BGB. Anwendung finden läßt, wenn sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf den eingetragenen

---

[1]) Die schriftliche Form kann nach § 1154 Abs. 2 BGB. dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird. Auch in diesem Falle genügt die Abtretung nicht allein, sondern es ist daneben die Übergabe des Briefes erforderlich, um die Hypothek zu übertragen.

[2]) Es handelt sich lediglich um die rechtsgeschäftliche Übertragung, für den Übergang durch Gesetz gilt § 1154 BGB. nicht. Über die Eigentumsverhältnisse am Brief entscheidet in diesem Falle § 952 BGB.

[3]) So könnte der Erwerber einer Briefhypothek Gefahr laufen, infolge Nichtigkeit einer vorangehenden Zession von einem Nichtberechtigten zu erwerben, dessen Verfügung dann unwirksam wäre, oder der Eigentümer könnte befreiend an den noch eingetragenen Gläubiger leisten, während der wirklich berechtigte Hypothekengläubiger, der sein Recht nach § 1154 BGB. erworben hat, weil nicht eingetragen, leer ausgehen müßte.

[4]) Fischer S. 274, Mot. 753.

Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen ergibt. Zu beachten ist daneben § 1140 BGB., der die Berufung auf die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. ausschließt, soweit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Brief hervorgeht. § 1140 S. 2 BGB. stellt einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs, der aus dem Brief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, einem im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gleich.

Diese Regelung des Prinzips des öffentlichen Glaubens im Zusammenhang mit dem Hypothekenbrief darf nun nicht so verstanden werden, daß der Brief an die Stelle des Grundbuchs tritt und dessen Funktionen übernimmt, d. h. nun selbst öffentlichen Glauben genießt.[1]) Soweit ist der Gesetzgeber nicht gegangen.

Der Besitz des Briefes in Verbindung mit einer zusammenhängenden Reihe formgerechter (d. h. öffentlich beglaubigter) Abtretungserklärungen läßt den Briefinhaber als Berechtigten erscheinen und setzt den Nichteingetragenen — denn der Erwerb spielt sich außerhalb des Grundbuchs ab — einem eingetragenen Berechtigten gleich in dem vollen, aus dem Grundbucheintrag erkennbaren Umfange des Rechtes, über das auch der Hypothekenbrief Auskunft gibt. (§ 1155 BGB.) Der Brief ist also lediglich Vermittler, der auf das Grundbuch hinweist.

Ohne den Grundbucheintrag ist der Brief wertlos. Ist ein Brief, ohne daß ihm eine Eintragung zugrunde liegt, etwa versehentlich in den Verkehr gekommen, oder nach Ausschlußurteil oder erfolgter Löschung im Verkehr geblieben,[2]) so kann nie in gutem Glauben an seinen Inhalt ein Hypothekenrecht erworben werden.[3]) Auch wenn der Brief für eine Hypothek ausgestellt wird, bei der die Erteilung ausdrücklich ausgeschlossen ist, so hat ein solcher Brief keine rechtliche Wirkung.

Aus diesem Umstande erhellt, daß der Brief an sich zwar eine selbständige körperliche Sache darstellt,[4]) daß ihm aber als Hypothekenbrief jede selbständige Funktion im System des Hypothekenrechts versagt ist.

Die eben erkannte Vermittlerfunktion des Briefes beruht auf der Voraussetzung, daß gemäß den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 1140 BGB. 42, 56, 57, 62, 68 GBO.) Brief und Buch übereinstimmen.[5]) Bei einer Divergenz zwischen Brief und Buch wird die Funktion des Briefes wesentlich eingeschränkt.

---

[1]) Cosack § 77 II. 2. f). Kretzschmar Bem. I zu § 1116. Fischer S. 283, Anm. 75 Turnau-Förster Bem. 3 zu § 1140, Mot. zu § 31 Entw. einer GBO.

[2]) §§ 1170, 1171 BGB.

[3]) Turnau-Förster Vorbem. V. 4 und Bem. 6 zu § 1116. Hachenburg S. 593 ff. Planck Bem. 5 zu § 1116.

[4]) z. B. im Sinne von § 598, 90 BGB. R. G. E. 51, 157.

[5]) Kretzschmar Bem. 1 zu § 1116. Endemann 2. Bd. I. Abt. § 118, I a. E. Dernburg III. Bd. § 212 Anm. 7.

Es sind zwei Fälle von Divergenz zu unterscheiden:

1. Der Brief enthält weniger oder mehr oder anderes Recht, als im Grundbuch eingetragen steht. Dann hat die Nichtübereinstimmung zur Folge, daß nicht der Brief, sondern allein das Grundbuch maßgebend ist.[1]) So hat eine Bemerkung auf dem Brief, die sich im Grundbuch nicht findet, nicht die Wirkung, daß sie eine Eintragung ins Grundbuch ersetzen kann, denn nicht der Brief, sondern das Grundbuch allein ist zu berücksichtigen, dessen öffentlicher Glaube neben dem Brief und trotz des Briefes fortbesteht.[2])

2. Im anderen Falle finden wir eine Beschränkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches, nämlich dann, wenn aus dem Brief die Unrichtigkeit der Eintragung hervorgeht.[3])

Es wird dadurch nach § 1140 BGB. der öffentliche Glaube des Grundbuches in Ansehung dieser Eintragung zerstört. Güthe bezeichnet dies als „die Buchfunktion des Briefes" und hat damit insoweit allerdings recht, als ein auf den Brief gesetzter Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches nach § 1140 S. 2 einem im Grundbuche eingetragenen Widerspruch gleichsteht.[4]) Es ist dies die einzige Stelle, wo dem Brief tatsächlich Grundbuchfunktion übertragen ist.

Als Ergebnis ist festzustellen: Auch bei der Weiterbegebung des Hypothekenrechts hat der Brief keine selbständige Aufgabe zu erfüllen,[5]) sondern er ist auf das Engste verknüpft einmal mit dem Grundbuch, dessen öffentlichen Glauben er unter den Voraussetzungen des § 1155 BGB. vermitteln hilft, und dann mit den allerdings qualifizierten Abtretungssurrogaten (§§ 1154, 398 ff.), die aus der Verbindung von Hypothek und Forderungsrecht (§ 1153 BGB.) entspringen.

γ) Die Verpfändung des Hypothekenrechts[6]) unterliegt den Bestimmungen der §§ 1273, 1274 BGB., die wiederum auf § 1154 Abs. 1 zurückverweisen. Es kann nämlich an einem Recht, also auch an einem Hypothekenrecht, ein Pfandrecht bestellt werden nach den für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften. Die Hypothek in Verbindung mit der durch sie gesicherten For-

[1]) Planck Bem. 5 zu § 1116.

[2]) Fischer S. 283 Anm. 75: „Daß der Inhalt des Buches dem des Briefes vorgeht, ist zwar nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, ergibt sich aber aus der Natur der Sache, da ja bei Bildung des Briefes davon ausgegangen ist, daß dieser ein möglichst genaues Bild von der Hypothek, wie sie im Grundbuch eingetragen ist, geben soll. Es ist daher auch dem Hypothekenbrief die Kraft versagt, daß er durch seinen Inhalt eine Eintragung in das Grundbuch ersetzen und dadurch den Mangel der Eintragung heilen könnte." (Mot. 756.) Willenbücher Bem. 3 zu § 1116.

[3]) Oberneck § 156, 1.

[4]) Güthe A. 13.

[5]) Cosack § 77 II. 2. d).

[6]) Fischer S. 285: „Die Verpfändung der Hypothek charakterisiert sich als Bestellung eines Pfandrechts an der Forderung, nicht als eine nochmalige Verpfändung des Grundstücks (Afterpfand)."

derung wird aber übertragen unter den Voraussetzungen des § 1154 BGB.[1]) Es hat demnach auch der Brief bei der Verpfändung die gleichen Funktionen zu erfüllen, wie bei der Abtretung der Hypothek.

Nicht aber genügt zur Erwirkung eines gültigen Pfandrechts an der Hypothek, daß nur der Brief ge- oder verpfändet wird.[2]) „Ein Antrag, für alle Hypothekenbriefe die Übergabe des Briefes als genügende Form der Pfandbestellung zu betrachten, wurde ausdrücklich abgelehnt."[3]) Wenn auch der Brief an sich eine selbständige körperliche Sache ist, so folgt doch aus seiner rechtlichen Behandlung, insbesondere aus seiner engen Verknüpfung mit dem Hypothekenrecht und aus den Eigentumsverhältnissen am Brief (§ 952 BGB.),[4]) daß selbständige Rechte am Brief nie begründet werden können.[5]) Nach § 952 Abs. 2 BGB. erwirbt der Gläubiger mit der Hypothek auch das Eigentum an dem Briefe, sei es erst mit der Übergabe des Briefes nach § 1117 Abs. 1 BGB. oder dann, wenn vereinbart ist, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, nach § 1117 Abs. 2 BGB. bereits mit der Ausstellung des Briefes.

Der Hypothekenbrief gehört also zu den Urkunden, bei denen das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt.

Es entspricht dies der ratio des § 1153 BGB., der auf jeden Fall die Zusammenfassung der aus Hypothek und Forderung fließenden Rechte erhalten wissen will. Ist das wichtige Recht des Eigentums aus diesem Grunde dem Gläubigerrecht aus der Hypothek untergeordnet, so folgt daraus, daß kein anderes dingliches Recht, also auch kein Pfandrecht am Brief allein, unabhängig von dem Hypothekenrecht begründet werden kann. Das geltende Recht hat eben von einer Verselbständigung des Briefes in jeder Beziehung abgesehen.

Vor allem hat das Gesetz auch aus Gründen der Rechtskonsequenz es abgelehnt, das Hypothekenrecht im Brief, also in einer beweglichen Sache, zu verkörpern und es damit den mobiliarsachenrechtlichen Bestimmungen[6]) zu unterwerfen.

Denn das Gesetz hat diesen Weg schon bei der Übertragung der Hypothek und auch bei der Regelung des öffentlichen Glaubens mit gutem Grund vermieden.[7])

---

[1]) Für die Pfändung gilt § 830 ZPO., der neben dem Pfändungsbeschluß Übergabe des Briefes an den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger vorschreibt.

[2]) Güthe III. Abschn. A. 13 und die dort zitierten R. G. E. Fischer S. 260 und Anm. 32. Cosack § 77 II. 2.

[3]) Hachenburg S. 593 f. Prot. III. S. 649 f. Mot. 3 S. 744.

[4]) Achilles-Greif Anm. 7 zu § 952 u. die dort zitierten Entscheidungen.

[5]) Cosack § 77 II 2. d). Güthe A. 13. Planck Bem. 5 zu § 1116. Fischer S. 258 u. Anm. 32. RGZ. 66, 27.

[6]) sodaß z. B. § 1205 BGB. u. insbesondere § 1207, 932 ff. Anwendung finden würden.

[7]) Siehe oben S. 9.

§ 1274 Abs. 1 in Verbindung mit § 1154 BGB. verlangt also bei Verpfändung einer Hypothek schriftliche Verpfändungserklärung und Briefübergabe. Doch unterliegt nach § 1274 Abs. 1 S. 2 die Übergabe den Vorschriften der §§ 1205, 1206, d. h. es wird § 1154 S. 2 und damit die Anwendung der Vorschriften des § 1117 BGB., der wieder auf § 930 BGB. verweist, für die Briefübergabe zum Zwecke der Verpfändung ausgeschlossen.

Dies ist geschehen mit Rücksicht auf das Prinzip der Publizität des Pfandrechts, das durch das constitutum possessorium des § 930 BGB. nicht gewahrt würde.[1])

Ein Erlöschen des Pfandrechts an der Hypothekenforderung tritt ein, wenn erstens der Pfandgläubiger aus dem Grundstück befriedigt wird, ferner, wenn die Forderung, für die das Pfandrecht bestellt ist, erlischt (§ 1252 BGB.) oder wenn das Pfandrecht rechtsgeschäftlich durch Erklärung des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder oder dem Eigentümer aufgehoben wird. (§ 1255 BGB.)

Die Rechte an dem Briefe gehen mit dem Erlöschen des Pfandrechts wieder auf den jeweiligen aus der Hypothek Berechtigten, der in der Regel der Verpfänder sein wird, über.

Für die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem hypothekenbelasteten Grundstück würde § 1277 BGB. gelten, und es würden für die Geltendmachung des Pfandrechts an der Hypothek die für die Ausübung des Hypothekenrechts geltenden Vorschriften zu beachten sein, die unten unter Ziffer 3 zusammengestellt sind.

Nach §§ 1278, 1253 BGB. kann das Pfandrecht auch erlöschen, wenn die Sache, deren Übergabe zur Verpfändung des Rechts erforderlich war, zurückgegeben wird. Ein Pfandrecht an der Hypothek würde also nach §§ 1278, 1253 BGB. durch bloße Rückgabe des Hypothekenbriefes erlöschen. Schriftliche Erklärung des Pfandgläubigers wäre in diesem Falle nicht erforderlich.

δ) Für die Bestellung des Nießbrauchs an der Hypothek haben nach §§ 1068, 1069 BGB. die gleichen Bestimmungen Anwendung zu finden, die für die Verpfändung der Hypothek gelten. Auch hier ist privatschriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe erforderlich, und es gilt das im Vorangehenden Gesagte. Ein Nießbrauch (§ 1030 BGB.) wird in der Hauptsache nur an einer Hypothek bestellt werden können, die für eine verzinsliche Forderung besteht. Als Nutzungen (§ 100 BGB.), die der Nießbraucher nach § 1030 BGB. aus dem Hypothekenrecht ziehen kann, sind die Zinsen anzusehen.

3. Die Geltendmachung der Briefhypothek umfaßt alle Gläubigerrechte, die sich aus der Hypothek ergeben, wie die Klage auf Leistung (§ 1113, 1130 BGB.), auf Unterlassung bei Gefahr

---

[1]) Achilles-Greif Anm. 3 zu § 1274 u. S. 592 Vorbem. 1.

der Verschlechterung (§ 1134 BGB.), auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1147 BGB.), Mahnung und Kündigung. Für die Geltendmachung der Hypothek ist § 1160 BGB. zu beachten.[1]) Aus § 1160 Abs. 1 BGB. folgt, daß zunächst zur Geltendmachung des Anspruchs aus der Briefhypothek die Vorlegung des Hypothekenbriefes nicht erforderlich ist. Vielmehr kann der Gläubiger, wenn er nicht gerade im Urkundenprozeß[2]) (§ 592 ZPO.) klagt, die actio hypothecaria in rem anstrengen, ohne seine Aktivlegitimation durch den Besitz des Briefes oder der die Rechtsnachfolge ergebenden Urkunden des § 1155 BGB.[3]) beweisen zu müssen. Der beklagte Eigentümer wäre, wenn er nicht widerspricht, ohne weiteres zu verurteilen.[4])

Es ist also der Brief nicht von vornherein „Ausübungsvoraussetzung“[5]). Er wird es erst, wenn der Geltendmachung vom Eigentümer widersprochen wird, weil der Brief nicht vorliegt. § 1160 BGB. gibt dem Eigentümer nur ein Widerspruchsrecht, macht aber den Widerspruch nicht zur Pflicht.

Bezweckt ist hiermit lediglich die Sicherung des Eigentümers, denn weist sich der Kläger durch den Brief und, falls er nicht eingetragen ist, durch formgerechte Abtretungsurkunden nicht als Hypothekenberechtigter aus, so besteht für den leistenden Gläubiger die Gefahr, durch Leistung an einen Nichtberechtigten dem wirklich Berechtigten gegenüber nicht befreit zu werden und noch einmal leisten zu müssen. Es bedeutet der Widerspruch also ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Klägers, denn die Briefhypothek kann ja nach §§ 1117, 1154 BGB. nur durch Übergabe des Hypothekenbriefes erworben werden.

Weiter soll dem Eigentümer durch die Vorlegung des Briefes ermöglicht werden, etwaige Einwendungen und Einreden gegen die actio hyothecaria in rem oder gegen die Geltendmachung der Forderung, die sich in Form irgendwelcher Bemerkungen auf dem Brief befinden können,[6]) kennen zu lernen, um danach sein ferneres Verhalten im Prozeß einrichten zu können.

---

[1]) § 1160 BGB.: Der Geltendmachung der Hypothek kann, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, widersprochen werden, wenn der Gläubiger den Brief nicht vorlegt; . . .

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn der Gläubiger die nach Abs. 1 erforderlichen Urkunden nicht vorlegt und der Eigentümer die Kündigung oder die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

[2]) Vergl. aber Sörgel Bem. 1 zu § 1160: „Briefvorlegung gehört auch im Urkundenprozeß nicht zur Klagebegründung“. (K. G. i. J. W. 1911, S. 327. Recht 194 Nr. 1313.)

[3]) § 1160 Abs. 1 S. 2: Ist der Gläubiger nicht im Grundbuch eingetragen, so sind auch die im § 1155 bezeichneten Urkunden vorzulegen.

[4]) Hierfür u. für das folgende Turnau-Förster Bem. 1 zu § 1117, Anm. 3 zu § 1160. Enneccerus-Wolf 2. Bd. § 142 III. 2. Oberneck § 155, 2. b.

[5]) Enneccerus-Wolf a. a. O.

[6]) Solche Bemerkungen sind nach §§ 1140, 1157 BGB. ohne weiteres zulässig und rechtlich beachtlich.

Die Geltendmachung des Widerspruchs stellt sich dar als eine dilatorische Einrede. Nicht aber führt der Widerspruch zu einer Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug gegen Empfangnahme des Briefes. Vielmehr wird dem Kläger nur eine Frist gesetzt, wenn er sich zur Vorlegung bereit erklärt. Andernfalls erfolgt Klagabweisung. Doch steht die Rechtskraft dieses Urteils einer erneuten Geltendmachung der Hypothek im Klagewege nicht entgegen.[1])

Ebenso kann nach § 1160 Abs. 2 BGB. eine Mahnung oder Kündigung der Briefhypothek (§ 1141 BGB.), aber auch der Forderung (§ 1161 BGB.), ohne daß vom Gläubiger der Brief vorgelegt wird, vom Eigentümer angenommen werden. Der Eigentümer hat daneben die Möglichkeit, die erfolgte Mahnung und Kündigung unwirksam zu machen (§ 1160 Abs. 2 BGB.), wenn die nach Abs. 1 § 1160 BGB. erforderlichen Urkunden nicht vorgelegen haben und er die Kündigung oder Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich (§ 121 BGB.) zurückweist. Und was für Kündigung und Mahnung gilt, ist in gleicher Weise für andere „Ausübungsgeschäfte", z. B. für die Fristsetzung aus § 1133 BGB. bei Verschlechterung des Grundstücks anwendbar.

Zu berühren ist an dieser Stelle noch die Frage, ob auf die dilatorische Einrede der Briefvorlegung im Falle des Abs. 1 § 1160 BGB. und auf den Widerspruch gegen die Mahnung oder Kündigung des Abs. 2 § 1160 BGB. rechtsgültig und mit dinglicher Wirkung, herbeigeführt durch Eintragung der Abrede im Grundbuch, verzichtet werden kann. (§ 870 BGB.)

Der Verzicht auf das Recht des Abs. 2 wird jetzt allgemein anerkannt.[2]) Auch wird eine solche vertragliche Vereinbarung für eintragungsfähig erklärt, so daß sie für jeden Rechtsnachfolger des Eigentümers bindend wird.

Streitig ist dagegen, ob ein dinglich wirkender Verzicht auch auf das Recht des Abs. 1 möglich ist. Das Kammergericht lehnt in E. 20,107 diese Möglichkeit ab, weil „§ 1160 Abs. 1 jus cogens enthalte, daher ein dinglich wirkender Verzicht auf die Einrede der Briefvorlegung nicht möglich sei".

Ferner wird behauptet, dieser Verzicht bedeute eine grundlegende Änderung des Hypothekenrechts in wesentlichen Punkten. Denn es mache das Wesen der Briefhypothek aus, daß der Brief ihr nicht nur bei Erwerb, Weiterbegebung, Verpfändung usw., sondern auch bei ihrer Geltendmachung eine Sonderstellung und Ausnahmebehandlung gegenüber der brieflosen Verkehrshypothek verschaffe. Gegen diese Ansicht spricht:

[1]) Hierzu Oberneck § 155. 2. b) u Enneccerus-Wolf a. a. O.

[2]) R. G. E. 57,344. O. L. G. 1,10. 10,420. (aber nicht eintragungsfähig, wenn Verzicht nur relativ) K. G. E. 20,107. 43.173. 12,150. Oberneck § 155.2 b) Enneccerus-Wolf § 142 III. c) u. Anm. 12 zu § 142. Cosack § 77 II. 2. 2. Bd. I. Abt.

Die Hypothek verliert durch den dauernden Ausschluß von § 1160 Abs. 1 BGB. ihren Charakter als Briefhypothek nicht.[1]) Denn sie unterliegt trotzdem weiter den für sie geltenden Bestimmungen, z. B. den §§ 1140, 1154, 1155 usw. Auch ist sie in ihrer rechtlichen Behandlung stets als Briefhypothek zu werten. § 1144 BGB. bleibt z. B. auch bei einem Verzicht auf § 1160 Abs. 1 BGB. anwendbar, schon mit Rücksicht auf die formellen Bestimmungen der §§ 42, 62 G. B. O. für Eintragungen im Grundbuch, die zwingenden Rechts sind.

Aus der Fassung des Gesetzes: „kann widersprochen werden" ist zu entnehmen, daß die Anwendung des § 1160 Abs. 1 BGB. dem Parteiwillen überlassen bleibt. § 1160 Abs. 1 BGB. enthält daher dispositives Recht, d. h. die Parteien können mit absoluter (durch Einigung und Eintragung) oder relativer Wirkung einen Verzicht auf das Recht des § 1160 Abs. 1 BGB. vereinbaren. Unbenommen bleibt es späterer Parteivereinbarung, diesen Verzicht in rechtswirksamer Weise wieder zu beseitigen, ohne daß dies auf das Wesen der vorher angeblich veränderten Briefhypothek wiederum Einfluß hätte. Diese bleibt, was sie auch mit dem Verzicht war, eine Briefhypothek.[2]) Und warum sollte ferner Abs. 1 § 1160 BGB. eine andere Behandlung erfahren als § 1160 Abs. 2?[3])

Es erhellt aus dieser immerhin ungewöhnlichen Regelung des § 1160 BGB. die Tatsache, daß dem Brief bei der Geltendmachung der Hypothek keine Hauptrolle vorbehalten ist, sondern daß sogar in gewissen Fällen gänzlich auf seine Mitwirkung verzichtet werden kann. Bedient sich aber der Eigentümer oder der Gläubiger nach §§ 1160, 1161 BGB. des Briefes bei Ausübung des Hypothekenrechts, so ist der Brief nicht alleiniger Herr der Lage. Er kann keine selbständigen Funktionen ausüben, sondern muß auch hier wieder seine rechtliche Bedeutung mit anderen, d. s. die Urkunden des § 1155 BGB., teilen.[4])

Aus § 126 Z. V. G. folgt, daß im Zwangsversteigerungsverfahren zur Geltendmachung des zugeteilten Betrages der Hypothekenbrief vorgelegt werden muß. Es erhebt sich die Frage, ob es sich hier um eine Ausübung des Hypothekenrechts handelt, bei der allein Briefvorlage genügt.

Fischer-Schäfer[5]) weist darauf hin, daß § 126 ZVG. dem § 1160 nachgebildet sei." Denn es würde der Richter im Zwangsversteigerungsverfahren zwar nicht den Eigentümer oder Schuldner

---

[1]) Hachenburg S. 593 ff.: „notwendig zur Existenz der Hypothek ist der Brief nicht."

[2]) Sehr richtig weist Ennecceros auf ein zweifellos vorhandenes Verkehrsbedürfnis hin, das die Zulässigkeit eines dinglich-wirkenden Verzichts fordert. Ennecceros-Wolf a. a. O.

[3]) Oberneck § 155. 2. b) u. Cosack § 77 II. 2.

[4]) Cosack a. a. O.

[5]) Fischer-Schäfer Bem. 2 zu 126 ZVG.

vertreten, er würde aber doch für diesen handeln, indem er dessen Schuld aus dessen Vermögen zahlt. Der Richter dürfe daher auch nur unter den gleichen privatrechtlichen Voraussetzungen zahlen, unter denen der Schuldner zu zahlen verpflichtet sei."

Fischer übersieht aber, daß für die Geltendmachung einer Briefhypothek auch § 1155 BGB. in Frage kommt. Davon spricht aber § 126 ZVG. nicht. Sollte der Gesetzgeber in diesem Falle von dem allgemeinen Grundsatz des § 1160 Abs. 1 BGB. abgewichen sein, indem er die Briefvorlage allein zur Ausübung des Hypothekenrechts genügen läßt? Dem ist m. E. nicht so. § 126 ZVG. ist nur formelle Bestimmung. Sie gibt keine Vorschrift über die Geltendmachung der Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren. Denn die Hypothek ist bereits mit dem Zuschlag (§ 44 ZVG.) erloschen, wie alle Hypotheken, die nicht unter das geringste Gebot fallen oder nicht kraft nachträglicher Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher erhalten und eingetragen bleiben sollen. (§ 91 Abs. 1 ZVG.) Es handelt sich also in § 126 ZVG. nicht mehr um eine Ausübung des Hypothekenrechts im Sinne von § 1160 BGB., so daß also die für die Ausübung der Hypothek geltenden Regeln (§§ 1160, 1155 BGB.) keine Anwendung finden. § 126 ZVG. ist vielmehr so zu verstehen: der Besitz des Briefes soll lediglich als formeller Ausweis gegenüber der Versteigerungsbehörde dienen, wenn der Berechtigte von dieser den hinterlegten Betrag, der an die Stelle der durch Zuschlag der erloschenen Hypothek getreten ist, herausverlangt. Der Brief hat in diesem Falle nur die Aufgabe einer formellen Legitimation gegenüber einer Behörde, ähnlich wie in § 42 GBO.

Die Aktivlegitimation des aus der Hypothek Verfügungsberechtigten i. S. von § 1160 BGB. kann in § 126 ZVG. nicht gemeint sein. Die lediglich formelle Bedeutung des § 126 ZVG., ergibt sich auch aus dem Inhalt der folgenden Bestimmungen, §§ 127, 130, 131, 136 ZVG., die in gleicher Weise wie § 42 GBO. in Verbindung mit den einschlägigen §§ der GBO. darauf abzielen, im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs Brief und Grundbuch zu berichtigen oder den Brief unbrauchbar zu machen.

4. Die Briefhypothek erlischt wie jede andere Hypothek, wenn der Gläubiger aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 1181, 1147 BGB. 864 ZPO., ZVG.) befriedigt wird.[1]) Der materiellrechtliche Akt der Befriedigung vollzieht sich ohne Zuhilfenahme des Briefes und außerhalb des Grundbuches. Mit dem Erlöschen der Hypothek wird der Brief materiellrechtlich gegenstandslos. Er hat nur noch formelle Funktionen zu erfüllen. Der Eigentümer kann ihn zu Löschungszwecken (§ 42 GBO.) herausverlangen. (§ 1144 BGB.)

[1]) Die Befriedigung kann sein: Eintragung einer Sicherungshypothek, Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung ZPO. § 866 ff.

Nur in einem Falle kann die Befriedigung und damit das Erlöschen der Hypothek von der Briefübergabe abhängig gemacht werden, nämlich dann, wenn der Eigentümer gegen Befriedigung des Gläubigers die Aushändigung des Hypothekenbriefes verlangt.

Verlangt der Gläubiger Befriedigung, so findet nach § 1150 BGB. § 1144 BGB. entsprechende Anwendung, ebenso im Falle des § 1167, wenn der persönliche Schuldner durch Befriedigung des Gläubigers die Hypothek erwirbt oder ein sonstiges rechtliches Interesse an der Berichtigung des Grundbuches hat.

Über den gesetzlichen Übergang der Hypothek nach § 1143 BGB. s. o. Seite 9 Anm. 2.

I. b) 1. Die formellrechtlichen Bestimmungen über den Hypothekenbrief finden sich in der Reichs-Grundbuchordnung vom 24. März 1897, in den §§ 56 ff., 42.[1])

α) In §§ 1117 Abs. 2 BGB. 56 GBO. wird die Ausstellung des Hypothekenbriefes dem Grundbuchamt übertragen. Dieses ist dabei nach Dennler[2]) nicht bloß als beurkundende Behörde tätig, sondern „es wirkt konstituierend, es schafft durch seinen Willensakt einen Hypothekenbrief."

Es ist demnach der Brief, da von einer Behörde erteilt, eine öffentliche Urkunde, die mit Rücksicht auf diese ihre Stellung und Bedeutung einer festen Form unterworfen ist.

Sie muß nach der zwingenden Vorschrift des § 56 S. 2 GBO. die Bezeichnung als Hypothekenbrief enthalten, den Geldbetrag der Hypothek und das belastete Grundstück angeben, sowie mit Unterschrift[3]) und Siegel versehen sein.[4])

Dem für die Rechtsgültigkeit der Urkunde unbedingt erforderlichen Mindestinhalt aus § 56 GBO. sollen weiter die Angaben des § 57 GBO. beigefügt werden. Es soll der Brief nach § 57 GBO. ein Auszug aus dem Grundbuch sein, und zwar ein möglichst genauer, der jederzeit im Einklang mit dem Grundbuch zu halten und bei Änderungen im Inhalt des Grundbuchs stets entsprechend zu ergänzen ist. Darauf weisen hin §§ 57 Abs. 3, 62, 63 GBO. Es liegt hier das Prinzip zugrunde: der Hypothekenbrief soll ein möglichst vollständiges Bild von der Hypothek geben, um nach Hachenburg „als Repräsentant des Grundbuches statt dieses als Unterlage bei Rechtsgeschäften zu dienen und damit den Verkehr zu erleichtern".[5])

---

[1]) Über die vorangegangene Preuß. Gesetzgebung, auf der die GBO. von 1897 fußt, s. S. 2 Anm. 3) oben.

[2]) Dennler B. I. S. 159 u. Mot. zu GBO. S. 97.

[3]) § 126 BGB. mechanische Vervielfältigung unzulässig.

[4]) Stempel genügt nicht.

[5]) Hachenburg S. 593 ff. Ostermeyer i. Ges. u. R. 03 S. 109 ff.

Fischer (S. 322) nennt den Brief in seiner Funktion als Auskunftsmittel „einen aus dem Grundbuch losgelösten beweglich gemachten Eintrag".

Aber nicht allein den Bestand der Hypothek, also des dinglichen, ins Grundbuch eingetragenen Rechts soll der Brief erläutern und beweisen,[1]) sondern er soll auch Auskunft über die Forderung, für die die Hypothek bestellt ist, erteilen und für sie Beweis liefern. Zu diesem Zwecke ist nach § 58 GBO. die Urkunde über die Hypothekenforderung, falls eine solche ausgestellt wurde, mit dem Briefe zu verbinden. Zugleich sollen dadurch selbständige Verfügungen über Brief oder verbriefte Forderung verhindert werden.[2])

Deswegen kann auch nur ein Brief erteilt werden.[3]) Duplikate, bei denen im Verkehr die Gefahr gesonderter widersprechender Verfügungen besteht, sind mit den materiellrechtlichen Aufgaben des Briefes nicht in Einklang zu bringen.

β) Daher wird auch für eine Gesamthypothek (§ 1132 BGB.)[4]) nur ein Brief erteilt. (§§ 59, 63 GBO.) Sind die belasteten Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter belegen, so sollen zur Wahrung der Einheit des Rechts aus der Gesamthypothek die besonderen Briefe nach § 59 Abs. 2 GBO. miteinander verbunden werden.

Verteilt der Gesamthypothekengläubiger den Betrag der Forderung auf die einzelnen Grundstücke in der Weise, daß jedes Grundstück nur für den zugeteilten Betrag, nicht mehr für die ganze Forderung haftet (§ 1132 Abs. 2 BGB.), so ist für jedes Grundstück ein neuer Hypothekenbrief zu erteilen, und der bisherige Brief oder die mehreren Briefe aus § 59 Abs. 2 GBO. für die Gesamthypothek sind nach § 69 GBO. unbrauchbar zu machen. Denn durch die Verteilung des § 1132 Abs. 2 BGB. wird die Einheit der Gesamthypothek zerschlagen, es bestehen nur noch einzelne Teilforderungen, für die die Akzessorität des Pfandrechts einzelne, selbständige Hypotheken verlangt.

Es kann auch bei Identität nicht nur nach der subjektiven, sondern auch nach der objektiven Seite ein gemeinschaftlicher Hypothekenbrief mit Zustimmung des Eigentümers gebildet werden. Der Brief umfaßt dann sämtliche Hypotheken, welche ein Gläubiger im gleichen Range oder im Range unmittelbar aufeinander folgend an demselben Grundstück hat, ohne daß eine Gesamthypothek vorliegt.

---

[1]) Über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden s. §§ 415, 417 u. 418 ZPO.
[2]) Fischer S. 248.
[3]) Turnau-Förster Vorbem. V. 7.
[4]) Mehrere Grundstücke sind für eine Forderung zusammen mit einer Hypothek belastet in der Weise, daß jedes für die ganze Forderung haftet. Die Belastung ist rechtlich ein einheitliches Ganzes.

Geschaffen ist auch diese Bestimmung zur Verkehrserleichterung, es soll durch ein einheitliches, zusammenfassendes Auskunfts- und Beweismittel dem Gläubiger eine bequeme, bewegliche und sichere Handhabe im Rechtsverkehr gewährt werden.

Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise (§ 1145 BGB.), so kann, falls man sich nicht mit einem Vermerk auf dem Briefe begnügt oder in Ansehung der Teilleistung das Grundbuch berichtigt, ein Teilhypothekenbrief vom Grundbuchamt, einem Gericht oder Notar hergestellt werden. (§ 61 GBO.) Das Gleiche gilt auch, wenn nach § 1152 BGB. die Forderung geteilt wird.

Durch den Vermerk auf dem alten Briefe über die teilweise Befriedigung wird nach § 1140 S. 2 BGB. der öffentliche Glaube in Ansehung des durch Befriedigung erloschenen Teiles der Hypothekenforderung ausgeschlossen, ebenso durch den Vermerk über die Herstellung eines Teilhypothekenbriefes (§ 61 Abs. 2 GBO., § 1140 S. 2 BGB.)[1]) Zugleich dienen die Vermerke zum Beweise für die tatsächlich erfolgte Teilbefriedigung.

Wichtig ist der Teilhypothekenbrief ferner im Falle des § 1145 Abs. 1 S. 1 BGB., der bestimmt: Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger nur teilweise, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefes nicht verlangen. Nach § 1143 BGB. erwirbt der Eigentümer die Hypothekenforderung, soweit er den Gläubiger befriedigt hat. Will er nun diesen ihm zustehenden Teil der Briefhypothek im Verkehr verwerten, so kann er sich dafür einen Teilhypothekenbrief herstellen lassen. Dieser tritt dann nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1152 BGB., die auch für den Fall des § 1145 BGB. anzuwenden ist, für den Teil der Forderung, auf den er sich bezieht, an die Stelle des bisherigen Briefes.

γ) Die Aushändigung des Briefes nach §§ 1117 Abs. 1 u. 2, 1163 BGB. ist in die GBO. in § 60 als formelle Bestimmung aufgenommen.

δ) Um die Übersichtlichkeit des Briefes und seine Übereinstimmung mit dem Grundbuche, die im Interesse einer genauen Auskunftserteilung erforderlich ist, sowie seine Zuverlässigkeit als Beweismittel für Inhalt und Umfang des hypothekarischen Rechts zu erhalten, soll auf Antrag des Berechtigten unter den Voraussetzungen des § 67 GBO. ein neuer Brief nur erteilt werden, einmal im Falle des § 63 GBO., wenn ein im Bezirk desselben Grundbuchamtes belegenes Grundstück mitbelastet wird, ferner nach § 64 GBO., wenn eine Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke verteilt wird (§ 1132 Abs. 2 BGB.), schließlich nach § 65 GBO., wenn die Hypothek sich in eine Grundschuld verwandelt hat.

---

[1]) Oberneck § 156. 1.

Wird ein neuer Brief erteilt, so hat er nach § 68 Abs. 1 GBO. die Angabe zu enthalten, daß er an die Stelle des bisherigen Briefes tritt. Der neue Brief ist in der gleichen Weise zu bilden, wie der bisherige. Es sind also die §§ 56 ff. zu beachten, und zwar ist der neue Brief selbstverständlich zu erteilen nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs.[1])

Ebenso sind Privatvermerke, die nach den §§ 1140, 1145, 1155 BGB. für das Rechtsverhältnis zwischen Eigentümer und Gläubiger erheblich sind, auf den neuen Brief zu übertragen. (§ 68 Abs. 2 GBO.) Eine Erneuerung des Briefes kann ferner stattfinden in den Fällen der §§ 1162, 1170, 1171 BGB. auf Grund eines Ausschlußurteils.

Wird anstelle des bisherigen Briefes ein neuer oder ein Grundschuld- oder ein Rentenschuldbrief erteilt, so ordnet § 69 GBO. die Unbrauchbarmachung des alten Briefes an.

2. Für den Verkehr mit dem Grundbuchamt gilt § 42 GBO. Das Grundbuchamt soll Eintragungen ins Grundbuch eines mit einer Briefhypothek belasteten Grundstücks nur vornehmen, wenn von den Beteiligten der Brief vorgelegt wird. Diese haben für die Vorlegung selbst Sorge zu tragen. In § 896 BGB. wird dem Nichtbesitzer, wenn eine Eintragung zu seinen Gunsten erfolgen soll, ein Anspruch auf Vorlegung des Briefes zum Zwecke der Grundbuchberichtigung oder Löschung der Hypothek gewährt.

Denn da sich der Erwerb und die Weiterbegebung der Briefhypothek außerhalb des Grundbuches abspielen, ist es erforderlich, daß von dem Antragsteller ein Ausweis erbracht wird, der ihn als Verfügungsberechtigten aus der Hypothek der Grundbuchbehörde gegenüber kenntlich macht.

Ferner müssen zur Erhaltung der Übereinstimmung zwischen Buch und Brief alle Eintragungen im Grundbuch auch auf dem Brief vermerkt werden (§ 62 GBO.), was aber nur möglich ist, wenn der Brief dem Grundbuchamt vorliegt.

Eine Nichtbeachtung des § 42 Abs. 1 S. 1 GBO. hat nun nicht die Unwirksamkeit der Eintragung zur Folge. § 42 ist nur Ordnungsvorschrift.[2]) Späteren Erwerbern des Grundstücks oder der Hypothek gegenüber ist die auch ohne Briefvorlegung oder unter Vorlage eines nicht ordnungsmäßigen Briefes erfolgte Eintragung, soweit nicht andere Hindernisse im Wege stehen, voll wirksam.

§ 42 Abs. 1 S. 1 GBO. in Verbindung mit § 1144, 45 BGB. hat vornehmlich Bedeutung für die Austragung der erloschenen Hypothek. Wenn auch die Hypothek nach erfolgter Befriedigung materiell nicht mehr besteht und mit ihrem Erlöschen auch jede materiellrechtliche Funktion des Briefes aufgehört hat, so ist der

[1]) Mot. zur GBO. § 68.
[2]) R. G. E. 73, 52.

Brief doch noch formellrechtlich wirksam, nämlich nach § 42 GBO.

Ein beim Grundbuchamt auf Löschung gestellter Antrag (§ 13 Abs. I GBO.) hat nur Erfolg, wenn der Antragsteller durch Besitz und Vorlegung des Briefes beweist, daß er Beteiligter i. S. von § 13 Abs. II GBO. ist.

Im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs wird die Grundbuchbehörde bei Löschung der Hypothek eine Vorlegung des Hypothekenbriefes stets fordern müssen, wenn auch § 42 GBO. nur Sollvorschrift ist.

Denn sie kann, wenn ein Brief nicht vorgewiesen wird, nie wissen, ob der nichteingetragene Antragsteller überhaupt antragsberechtigt ist (§ 13 Abs. II GBO.). Ebenso kann der noch im Grundbuche eingetragene Antragsteller Hypothek und Brief schon längst weiterbegeben haben, so daß das Grundbuchamt durch unberechtigte Löschung der Hypothek die wahren Berechtigten schädigen würde.

Die Briefvorlegung muß ferner verlangt werden, damit das Grundbuchamt den Brief unbrauchbar macht, wenn er durch Erlöschen der Hypothek und Löschung der Hypothek im Grundbuch materiell- und formellrechtlich gegenstandslos geworden ist.

c. Aus dem Umstand, daß einerseits zur Geltendmachung der Briefhypothek nach § 1160 BGB. der Brief erforderlich ist, andererseits Duplikate nicht bestehen dürfen, folgt mit Notwendigkeit die Möglichkeit der Amortisierung des Hypothekenbriefes. Dem hat auch das Gesetz Rechnung getragen in den §§ 1162, 1170, 1171 BGB. bei Abhandenkommen oder Vernichtung des Briefes oder Unbekanntschaft des Gläubigers.[1])

Für das Aufgebotsverfahren gelten die Bestimmungen der Z. P. O. §§ 946 ff., 982, 1003 ff.

Nach § 1162 BGB. kann der abhanden gekommene oder vernichtete Brief für kraftlos erklärt werden. An die Stelle des Briefes tritt das Ausschlußurteil. Dieses legitimiert den Antragsteller nur für den Fall der Rechtsausübung nach § 1160 BGB., ferner im Verkehr mit dem Grundbuchamt nach §§ 42 Abs. II, 67 GBO. Nicht aber kann das Ausschlußurteil den Brief insoweit ersetzen, als von der Briefübergabe nach §§ 1117 Abs. I, 1154 BGB. Ersterwerb und Abtretung der Hypothek abhängig gemacht sind.[2])

B. II. Wir haben festgestellt, daß der Hypothekenbrief eine öffentliche, mit bestimmten Funktionen bekleidete Urkunde ist. Er fällt also unter den Begriff der Urkunde, welcher der Oberbegriff für die Wertpapiere ist.

[1]) Auf den Bestand des Hypothekenrechts haben diese drei Tatsachen natürlich keinen Einfluß.

[2]) K. G E. 45, 294.

In der Einleitung waren wir auf die Frage gestoßen: Ist auch der Hypothekenbrief ein Wertpapier?

a. Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir zurückgehen auf die allgemeinen Grundsätze, die für das Recht der Wertpapiere gelten. Wie diese Grundsätze entstanden sind und welche Bedeutung sie für den Rechtsverkehr haben, ist bereits oben erwähnt.[1]) Im folgenden soll geprüft werden, welches die allgemeinen Voraussetzungen sind, die eine Urkunde zum Wertpapier machen, und wie weit der Hypothekenbrief in seiner rechtlichen Gestaltung diesen Voraussetzungen entspricht. Die Unterschiede in den einzelnen Meinungen, die sich über die wertpapierrechtlichen Grundregeln gebildet haben, die Abweichungen und Einschränkungen sollen hierbei nur insoweit Beachtung finden, als sie für die Beantwortung unserer Streitfrage von Bedeutung sind.

1. Bevor wir jedoch auf die allgemeinen Grundsätze des Wertpapierrechts eingehen, haben wir festzustellen, was man überhaupt unter einem Wertpapier versteht.

Der von Brunner gefaßte und von der Wissenschaft aufgenommene Begriff bezeichnet das Wertpapier als eine Urkunde über ein Privatrecht, „dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist".[2])

Etwas enger faßt den Begriff Jacobi: „Wertpapiere sind Urkunden über Berechtigungen, bei denen

1. der Schuldner nicht ohne Papierausweis durch den Gläubiger zu zahlen braucht und
2. auch ohne Papier nicht zahlen kann, als er sonst gegenüber dem früheren Gläubiger nicht frei wird, sofern dieser bei der Zahlung nicht mehr Gläubiger ist."[3])

Unter diese Definitionen fallen nun eine Reihe von Urkunden, d. h. von Sachen, die vom Gesetz mit den verschiedensten, z. T. stark divergierenden Eigenschaften ausgestattet sind.[4])

---

[1]) oben Seite 3.

[2]) Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II. Cosack. Wertpapiere § 116 II. 1. Bacmeister § 1 S. 2.

[3]) Jacobi § 1.

[4]) Wenn auch das BGB. in § 1819 i. V. m. §§ 1814, 1818 den Hypothekenbrief zu den Wertpapieren rechnet, so kann doch diese Vorschrift für den Wertpapierbegriff nicht maßgebend sein. (a. A. Planck Bem. 5 zu § 1116.) Aus den Bestimmungen, in denen das BGB. den Ausdruck Wertpapiere gebraucht, erhellt absolut nichts über die materiellrechtliche Natur der Wertpapiere. So umfaßt z. B. die Bezeichnung Wertpapiere in § 702 BGB. nicht nur Papiere des von Wissenschaft und Rechtsprechung ausgebildeten Begriffs, sondern es fallen darunter auch andere Papiere von Wert und Bedeutung, wie Schuldscheine, Bürgschaftsscheine, Ausweispapiere und ähnliche. (Cosack Wertpapiere § 116 II. 1. b.) Ebenso ist es in § 1819 BGB. Diese Vorschrift enthält keineswegs allgemeines Wertpapierrecht. Sie ist kein zwingendes

Ihre Einteilung pflegt man nach zwei Gesichtspunkten in folgender Weise vorzunehmen:

Ausgehend vom Brunnerschen Begriff, der wie gesagt der umfassendere ist, teilt die Wissenschaft die Wertpapiere ein in

1. Inhaberpapiere. Diese sind Urkunden, in denen der Aussteller dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht. Der Aussteller wird nicht nur durch Leistung an den berechtigten, sondern überhaupt an jeden Inhaber der Urkunde befreit.

   Inhaberpapiere sind z. B. Inhaberschuldverschreibungen, Inhaberaktien, Inhabergrundschuldbriefe, Zins- und Dividendenscheine, Inhaberlagerscheine und -ladescheine.

2. Orderpapiere. Diese lauten in der Regel auf eine bestimmte Person und enthalten die Orderklausel. Die Orderklausel berechtigt aus dem Papier auch den, an den der in dem Papier Genannte durch Indossament zu zahlen befiehlt.

   Hierzu gehören: der Wechsel in seinen verschiedenen Formen, der Scheck und die Papiere des § 363 HGB., die kaufmännische Anweisung, der kaufmännische Verpflichtungsschein, Konnossement, Lade-, Lagerschein und Transportversicherungspolice.

3. Rektapapiere, auch Namenspapiere genannt, weil sie in der Regel auf einen bestimmten Namen lauten. Nur die im Papier benannte Person wird berechtigt. Für die Übertragung der Rektapapiere gelten die allgemeinen Normen für die Übertragung von Rechten. Ihre Umlaufsfähigkeit ist daher im Gegensatz zu den Order- und Inhaberpapieren stark eingeschränkt. Daher hat sich eine Meinung ausgebildet, die ausgehend von der Zweckbestimmung der Wertpapiere, dem Verkehr zu dienen, die Wertpapiereigenschaft der Rektapapiere verneint. Ob mit Recht, das zu prüfen ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.

Diese Meinung würde überhaupt die Untersuchung der Frage nach der Wertpapiernatur des Hypothekenbriefes erübrigen. Denn nach Ansicht der Mehrzahl derer, die den Hypothekenbrief als Wertpapier ansehen, ist der Hypothekenbrief zu den Rektapapieren zu rechnen.[1])

Recht, das vorschreibt, was unter einem Wertpapier zu verstehen ist, und welche Urkunden zu den Wertpapieren gehören. Sondern sie dient, wie Endemann Anm. 14 zu § 952 Abs. II begründet, nur dazu, aus Zweckmäßigkeitsgründen die für Wertpapiere bei der Hinterlegung durch den Vormund gegebenen Sicherungsvorschriften auf den Hypothekenbrief auszudehnen. Eine Folge der Rechtsnatur des Hypothekenbriefes sind diese Maßnahmen nicht.

[1]) Planck Bem. 5 zu § 1116. Enneccerus-Wolf II. Bd. § 142 VI. Cosack § 77, 3 a) Güthe, Grundlagen S. 66.

Zu den Rektapapieren[1]) zählt man die Anweisung des BGB. § 783, Reichsbankanteilscheine, Kuxscheine, Namensaktien, Wechsel mit negativer Orderklausel, die Papiere der §§ 808, 807 BGB. und andere.

Der zweite Gesichtspunkt, der der anderen Einteilung zugrunde liegt, ergibt sich aus der Vereinigung von Sachenrecht und Forderungsrecht im Wertpapier. Denn die Urkunde ist einmal äußerlich als Papier betrachtet eine bewegliche Sache und somit sachenrechtlichen Bestimmungen unterworfen. Als Inhalt aber kann sie Rechte der verschiedensten Art haben.[2]) Insoweit untersteht sie den für das betreffende Recht geltenden Grundsätzen. Als Wechselwirkung dieser beiden im Wertpapiere enthaltenen Faktoren haben sich im Bezug auf die Eigentumsverhältnisse zwei Rechtsregeln herausgebildet.

Die eine, bei der die sachenrechtliche Wirkung überwiegt, sagt: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Die andere ist in § 952 BGB. enthalten, wo bestimmt ist, daß das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein dem Gläubiger zusteht, oder mit anderen Worten, daß das Recht am Papier dem Recht aus dem Papier folgt. Hierbei ist also für die Eigentumsverhältnisse das verbriefte Recht ausschlaggebend.[3])

Auf Grund dieser Verschiedenheit in sachenrechtlicher Beziehung, die in engem Zusammenhang steht mit den von den Wertpapieren zu erfüllenden Aufgaben, faßt man die Wertpapiere in zwei Gruppen zusammen:

1. die Inhaber- und technischen Orderpapiere. Bei ihnen folgt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier.
2. die Rektapapiere und einfachen Orderpapiere, unter den letzteren Rektawechsel u. ä. verstanden. Diese unterstehen der Bestimmung des § 952 BGB.

Äußerlich betrachtet gehört der Brief weder zu den Inhaber- und Orderpapieren der ersten Einteilung — denn er kann nicht auf den Inhaber ausgestellt werden, noch an Order lauten — noch zu der ersten Gruppe der zweiten Einteilung, da er der Vorschrift des § 952 BGB. unterliegt. Unsere Untersuchung braucht sich daher nur auf die Frage zu beschränken, ob der Hypothekenbrief möglicherweise als Rektapapier i. S. der beiden oben angeführten Einteilungen zu werten ist.

2. Jedoch haben wir zuerst die allgemeinen Voraussetzungen festzustellen, die bei jeder Urkunde, auch bei den als Rektapapiere angesprochenen Urkunden vorhanden sein müssen, um sie zu Wertpapieren zu machen. Bei den einzelnen Punkten soll

---

[1]) Cosack, Wertpapiere § 130 I. 1. Jacobi § 19 I.

[2]) In der Hauptsache Forderungsrechte, aber auch Sachen- und Mitgliedschaftsrechte.

[3]) Schwerin § 1 IV.

zugleich geprüft werden, inwieweit der Hypothekenbrief in seiner rechtlichen Gestaltung diesen allgemeinen Grundlagen des Wertpapierrechtes entspricht.

α) Das Wertpapier ist nach der Brunnerschen Definition eine Urkunde über ein Privatrecht. Und zwar sind Urkunde und Recht auf das engste miteinander verbunden. Nicht jedes Privatrecht läßt sich aber in einem Papier verbriefen. So ist es nicht möglich, — und es wäre auch unsinnig — ein nicht übertragbares Recht in eine Urkunde aufzunehmen und den aus der Verbriefung sich ergebenden Folgen zu unterwerfen. Ob andererseits alle übertragbaren Rechte ohne weiteres verbriefbar sind, mag dahingestellt bleiben. Zu verneinen ist diese Möglichkeit jedenfalls beim Eigentum und bei den Ansprüchen aus Werkverträgen.

Ein Blick in das Gesetz zeigt, daß bei jedem einzelnen Wertpapier, soweit es einer gesetzlichen Regelung unterworfen ist, vom Gesetz das Recht bestimmt ist, das in dem betreffenden Papier verkörpert werden kann.

Nach § 793 BGB. können z. B. in Inhaberschuldverschreibungen Leistungen aller Art verbrieft werden, nach § 783 BGB. in der Anweisung nur Leistungen von Geld, Wertpapieren u. a. vertretbaren Sachen, beim Wechsel n. Art. 4 Ziff. 2 W. O. nur Geldforderungen, ebenso beim Scheck. Auch für die Papiere des § 363 HGB. schreibt das Gesetz nur Rechte bestimmten Inhalts vor. Die Verbriefung der Mitgliedschaftsrechte des Aktionärs erfolgt in der Aktie gem. §§ 179 f. HGB.

Auf Grund dieser u. a. gesetzlicher Bestimmungen läßt sich zusammenfassend feststellen, daß verbriefbar sind:

1. Forderungsrechte (Wechsel, Scheck, Anweisung),
2. Sachenrechte (Konnossement, Lade-, Lagerschein),
3. Personenrechte (Aktie).

Beim Hypothekenbrief handelt es sich um die Hypothek, um ein Grundpfandrecht, also ein Sachenrecht, welches übertragbar ist, so daß also der ersten Voraussetzung entsprochen wäre.

β) Aus dem Begriff des Wertpapieres folgt weiter, daß das Recht mit der Urkunde auf das engste verknüpft sein muß, wenn die Verwertung des Rechtes von dem Besitz des Papieres abhängig sein soll.

Es wird daher für Wertpapiere verlangt, daß sie das Recht in sich verkörpern. Ein anderer von der Wissenschaft gebrauchter Ausdruck ist: „daß sie Träger des Rechts sind". Dieses Erfordernis wird ausnahmslos für jedes Wertpapier verlangt.[1]) Unterschiede finden sich nur bezüglich des Umfanges der Verkörperung.

Einmal bedeutet Verkörperung, daß das Recht erst mit der Urkunde und durch die Urkunde existent wird, daß es mit der

[1]) Bay. Obst. L. G. Bd. XIII, 238. Cosack Wertpapiere § 116 II. 1.

Vernichtung des Papieres zugleich untergeht, und daß es ohne das Papier nicht verwertet werden kann. Das Recht beschränkt sich auf die Urkunde, aus dieser ergibt sich sein Umfang und Inhalt, an die Schicksale des Papiers bleibt es gebunden. Als Beispiel gelten hier Wechsel und Scheck. „Es gibt kein Wechselrecht ohne Wechsel.“[1])

Aus dieser Ansicht ergibt sich, daß Wertpapiere konstitutive Urkunden sein müssen. Doch stößt man hier auf Bedenken.[2]) Die Aktie z. B., die ja auch zu den Wertpapieren gerechnet wird, begründet das Aktienrecht nicht erst, sondern dieses besteht schon vorher. Es erlischt auch nicht mit dem Untergange des Papiers.

Man hat daher das Verlangen nach einer absoluten Verkörperung eingeschränkt. So ist es nicht notwendig, daß Wertpapiere konstitutive Urkunden sind. Man hat weiter gesagt, daß für die Existenz des Rechtes nicht unbedingt allein die Urkunde erforderlich ist, sondern es können auch andere Faktoren außerhalb der Urkunde hinzutreten, die das Wesen und den Inhalt des Rechts ergeben. Nur bei der Verwertung in ihren Erscheinungen als Übertragung und Geltendmachung bedarf es der Urkunde und zwar ausschließlich der Urkunde. In diesem umfassenderen Sinne ist nach herrschender Meinung die Verkörperung zu verstehen.

Besser jedoch gebraucht man statt des irreführenden Ausdrucks Verkörperung, der in seinem eigentlichen Sinne nur für eine kleine Zahl von Wertpapieren, nämlich für die skripturrechtlichen Papiere, zutrifft, die Bezeichnung Träger des Rechts.

Nach dem Grade, in welchem die Papiere Träger des Rechts sind, scheidet man in vollkommene und unvollkommene Wertpapiere und rechnet zu den ersten vor allem die Orderpapiere, zu den letzten Inhaberaktien, Namensaktien, Kuxscheine, überhaupt die Mehrzahl der Rektapapiere.[3])

Das Gesetz hat die einzelnen Rektapapiere in von einander stark abweichender Form geschaffen. Sie sind daher in ihrer Eigenschaft als Träger des Rechts sehr verschiedenartig gestaltet. Da sie in der Hauptsache den Regeln des ihnen zugrunde liegenden Rechts unterstehen,[4]) so ist bei ihnen die Verkörperung des Rechts nicht immer deutlich erkennbar. Die Übertragung des einem Rektapapier zugrunde liegenden Forderungsrechtes erfolgt z. B. nach den für die Abtretung von Forderungen geltenden Bestimmungen (§§ 398 ff. BGB.), die in gewissen Fällen (§ 792 BGB.) durch das Erfordernis der Schriftlichkeit qualifiziert sind.

Hierbei hat sich ein Streit darüber erhoben,[5]) ob lediglich die Abtretung zur Übertragung genügt, so daß das Papier nach

---

[1]) Hachenburg S. 593 ff.
[2]) Bacmeister § 1 S. 1.
[3]) So z. B. Schwerin § 2 II. Bacmeister § 2 I.
[4]) Abtretungsvertrag, dinglicher Übertragungsvertrag.
[5]) Hierüber Bacmeister § 5 III. S. 42.

§ 952 BGB. übergehen würde, oder ob auch die Papierübergabe hinzukommen müsse.[1]) Die einen bejahen, die anderen verneinen letzteres. Für unsere Frage ist dieser Streit bedeutungslos. Denn die gesetzliche Regelung schreibt bei der Briefhypothek ausdrücklich schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe vor. Doch erhellt aus diesem Streit, wie umstritten gerade nach der Seite der Rektapapiere hin die Grenzen des allgemeinen Wertpapierrechts sind.

Eine gänzliche Ausschaltung des Papiers bei der Übertragung würde jene oben angedeutete Meinung, die die Rektapapiere nicht zu den Wertpapieren rechnen will, nicht so abwegig erscheinen lassen. Wir unterstellen, daß die Papierübergabe erforderlich ist. Dann ergibt sich aus der Notwendigkeit der Papierübergabe bei der Übertragung, vor allem aber aus der Mitwirkung des Papiers bei der Ausübung des verbrieften Rechts, daß auch die Rektapapiere Träger des Rechts sind. Sie sind „Ausübungsvoraussetzung", d. h. ohne sie ist eine Verwertung des Rechts nicht möglich. Dies erhellt auch aus anderen unten zu erörternden Punkten.

Der Hypothekenbrief entspricht der Forderung, Träger des Rechts zu sein, nicht.[2]) Einmal verkörpert er das Hypothekenrecht nicht in dem Sinne der vollkommenen Wertpapiere.[3]) Wie oben festgestellt, ist er nicht konstitutive Urkunde. Auf Entstehung und Aufhebung der Hypothek hat er keinen Einfluß. Sein Inhalt ergibt auch nicht den Umfang des Rechts, sondern die alleinige Grundlage, der ausschließliche Ausgangspunkt für das Recht bildet das Grundbuch. Im Grundbuch kommt das Hypothekenrecht materiell zur Entstehung, hier besteht es fort. Nur sein Erlöschen vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs, aber auch außerhalb des Briefes.

Andererseits ist auch im Sinne der unvollkommenen Wertpapiere die Eigenschaft, Träger des Rechts zu sein, beim Hypothekenbrief zu verneinen. Spielt er auch bei der einen Verwertungsart, bei der Übertragung eine gewisse Rolle (§ 1154 BGB.), so ist doch sein Vorhandensein beim Ersterwerb und bei der Geltendmachung der Hypothek weniger bedeutungsvoll.[4]) Denn beim Ersterwerb kann seine Mitwirkung ausgeschaltet werden, bei der Geltendmachung muß er seine Aufgabe mit den Urkunden des § 1155 BGB. teilen (§ 1160 Abs. 1 S. 2 BGB), ja es kann hier

---

[1]) Dies ist im Gesetz § 792 BGB. für die Anweisung ausdrücklich vorgeschrieben.

[2]) So Staudinger Bem. 1 a) zu § 1116. Endemann § 57, 1. RGR. Kom. Bem. 1 zu § 1116, Hachenburg S. 593 f. Bay. Obst. L. G. Bd. XIII, S. 238. Willenbücher Bem. 3 zu § 1116, RGE. 39, 286. 42, 334. 66, 27. Staub Anm. 39 § 1 HGB. Ostermeyer a. a. O. Predari S. 241.

[3]) Turnau-Förster Vorbem. zum 8. Absch. V. 4. Güthe Vorbem. III Absch. A 13. Oberneck § 126, 4.

[4]) Cosack II. Bd. § 77 IV. 2.

sogar durch Verzicht der Parteien gänzlich von seiner Mitwirkung abgesehen werden.[1])

Diese Regelung widerspricht aber jeder Verkörperung eines Rechts in einer Urkunde. Es ist gerade der Sinn des Wertpapiers, und es wird eben durch die Verkörperung bezweckt, daß das Papier die unumgängliche Rechtsbedingung für die Verwertung des Rechts bildet. Ja es wird verlangt, daß besonders bei der Geltendmachung das Papier ausschließlich „Ausübungsvoraussetzung" ist.[2]) Doch berührt dies bereits die Legitimationsfunktion der Wertpapiere, die unten behandelt werden sollen.

Auf dieses gewonnene Ergebnis ist es ohne Einfluß, daß die Übergabe des Hypothekenbriefes neben anderen Faktoren für die Übertragung der Hypothek nach § 1154 BGB. Rechtsbedingung ist. Diese Eigenschaft ist, da sie einen nur kleinen Teil der rechtlichen Funktionen und diesen auch nur unvollkommen umfaßt, so geringfügig, daß sie nicht ausreicht, den Brief zum Träger des Hypothekenrechts zu machen.[3])

γ) Die Verkörperung des Rechts im Papier bedingt zwei weitere Funktionen, die wesentlich für die Erfüllung der dem Wertpapier im Verkehr zugewiesenen Aufgaben sind. Es sind dies die Legitimationsfunktion[4]) und die Rechtsscheinwirkung. Beiden kommt vor allem bei der Ausübung des verbrieften Rechts große Bedeutung zu.

1. Die Abhängigkeit der Verwertung des Rechts von der Innehabung der Urkunde hatte die Verkörperung des Rechts in der Urkunde verlangt. Hieraus ergab sich weiter die Unterwerfung des verbrieften Rechts unter sachenrechtliche Gesichtspunkte, so daß z. B. Übertragung und Geltendmachung nur durch Vermittlung der Urkunde möglich wurden. Diese Unentbehrlichkeit der Urkunde, besonders bei der Rechtsausübung, wird bezeichnet als Legitimationsfunktion des Papiers. Sie bedeutet, daß das Recht nur ausüben kann, wer sich durch den Besitz des Papiers als Berechtigter ausweist. Denn aus der Tatsache, daß er das Papier inne hat, wird hergeleitet, daß er das Recht in der für das einzelne Wertpapier vorgeschriebenen Weise unter Mitwirkung der Urkunde erworben hat und so materiell verfügungsberechtigt geworden ist. Ob der Besitz der Urkunde allein genügt, seine Verfügungsberechtigung zu beweisen (so bei den Inhaberpapieren), oder noch andere Faktoren hinzukommen müssen, die sich aus der

---

[1]) S. o. S. 15.

[2]) Bay. Obst. L. G. Bd. XIII, S. 238. Crome § 462 A. I. 1. a) α.

[3]) Auch wenn man den Verzicht auf die Rechte aus § 1160 Abs. 1. BGB. nicht für zulässig erklärt, bedeutet das keine Änderung der Sachlage, da der Brief nicht „Ausübungsvoraussetzung" ist.

[4]) Jacobi § 16.

Urkunde selbst ergeben (Indossament) oder außerhalb liegen (schriftliche Abtretungserklärung), richtet sich nach den für die Übertragung des einzelnen Wertpapierrechtes geltenden Bestimmungen.

Die Legitimationskraft eines Wertpapieres bedeutet eine Sicherung nach zwei Seiten hin. Sowohl der aus dem Wertpapier berechtigte Gläubiger, als auch der ihm verpflichtete Schuldner werden geschützt.

Denn kann sich der Gläubiger durch den Besitz der Urkunde legitimieren, so bedarf es keines besonderen materiellrechtlichen Nachweises seines Gläubigerrechtes mehr.[1]) Auch ein besonderer Beweis für das Bestehen des Rechtes erübrigt sich, da das Vorhandensein der Urkunde, in der das Recht ja verkörpert ist, für den Bestand des Rechtes bürgt.

Der Schutz des Schuldners ergibt sich aus folgendem: Die Wertpapiere sind für den Umlauf bestimmt. Sie gehen demgemäß im Verkehr von Hand zu Hand. Für den Schuldner ist es daher unmöglich, ihre Schicksale zu verfolgen. Er kann nie wissen, wer im Augenblick der Berechtigte ist. Da nun, wie wir eben gesehen haben, ein materieller Nachweis der Berechtigung beim Wertpapier hauptsächlich im Interesse einer großen Umlaufsfähigkeit ausgeschlossen ist, so ist es dem Schuldner gestattet, an den, der das Recht geltend macht und sich nur durch das Papier ausweist, mit befreiender Wirkung zu leisten, selbst dann, wenn er an einen Nichtberechtigten leistet.

Die Wirkung der Legitimation durch den Papierbesitz ist demnach eine rein formelle. Allein die äußere Tatsache des Besitzes, dem nach besonderer Vorschrift im einzelnen eine ununterbrochene Indossamentenkette oder eine Reihe zusammenhängender, auf den ersten Gläubiger zurückführender schriftlicher Abtretungserklärungen zur Seite stehen kann, bewirkt die Legitimation.

Zu einer Prüfung, ob die letzte Übertragung an den legitimierten Besitzer, sowie auch vorangehende Übertragungsakte rechtswirksam vorgenommen sind, ist der Schuldner nicht verpflichtet. Denn wäre er gezwungen, zu seiner Sicherung eine Prüfung vorzunehmen, so könnte er dies nur unter Schwierigkeiten vornehmen. Eine schnelle Realisierung des Rechtes würde dadurch verhindert. Eine schnelle Befriedigung liegt aber im Interesse des Berechtigten und wird durch die Institution der Wertpapiere gerade erstrebt.

Eine materiellrechtliche Prüfungspflicht würde also die Umlaufsfähigkeit der Wertpapiere einschränken. Die formelle Legitimationskraft soll dies verhindern. Es wird vom Schuldner darum nur eine Prüfung der Vollständigkeit der oben erwähnten formellen Voraussetzungen (Papierbesitz, ununterbrochene Indossamentenkette) verlangt.

---

[1]) Die Beweislast für die Nichtberechtigung trifft den Schuldner.

Die Grundsätze für die Legitimation kommen in der Hauptsache bei den Inhaber- und Orderpapieren zur Geltung. Dies hat seinen Grund darin, daß sie in besonders umfassender Weise Träger des Rechts sind. Bei den Rektapapieren ist, wie wir gesehen haben, die Verbriefung weniger weit durchgeführt. Die Grundsätze der Legitimation können daher bei ihnen nicht mit allgemeiner Gültigkeit angewandt werden.

Ferner folgen die Rektapapiere dem Grundsatz des § 952 BGB. Dies verringert von vornherein ihre Umlauffähigkeit und Beweglichkeit. Ihrer geringeren Bedeutung als Umlaufsmittel entspricht daher auch eine geringere Legitimationskraft.

Denn bei der Geltendmachung eines in einem Rektapapiere verbrieften Rechtes darf sich der Schuldner mit einer bloß formellen Legitimation nicht begnügen.[1]) Er muß vielmehr prüfen, ob der Besitzer des Papieres auch materiell berechtigt ist. Umgekehrt hat der Papierbesitzer seine Verfügungsberechtigung zu beweisen, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt. Die Einrede der mangelnden Sachlegitimation wird bei Rektapapieren durch die Papierlegitimation nicht abgeschnitten.[2])

Eine Legitimation wie bei den Inhaber- und Orderpapieren gibt es demnach bei den Rektapapieren nicht. Nur insoweit kann von einer Legitimationskraft doch die Rede sein, als der Schuldner trotz des Nachweises der materiellen Verfügungsberechtigung nur zu leisten verpflichtet ist, wenn die Urkunde vorgelegt wird.[3])

Daß aber die Rektapapiere trotz dieser Beschränkung der Legitimationswirkung Legitimationspapiere[4]) sind und einen rein formellen Nachweis der Berechtigung liefern können, das beweisen einige gesetzliche Bestimmungen.

So ist nach § 223 Abs. 2 HGB. eine Aktiengesellschaft nicht verpflichtet, die Echtheit der auf einer Aktie befindlichen Indossamente oder Abtretungserklärungen zu prüfen, wenn die Aktie auf einen anderen übergegangen ist und zur Umschreibung im Aktienbuch vorgelegt wird. Ebenso ist bei den Depotscheinen der Reichsbank keine Identitätsprüfung des Inhabers erforderlich.

Sind die auf den Namen lautenden Papiere des § 808 BGB. mit der Legitimationsklausel versehen, die besagt, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch Leistung an jeden durch den Besitz der Urkunde legitimierten Inhaber befreit. Trotz dieser Klausel bleiben die Papiere aber Namenspapiere mit einer besonders weitgehenden Legitimationskraft.

Diese gesetzliche Regelung ist systematisch nur so zu werten, daß sie keine Ausnahme bildet, sondern auf der grundsätzlich

---

[1]) Cosack Wertpapiere § 129 IV. 6.
[2]) Cosack Wertpapiere § 130 IV.
[3]) Schwerin § 8 IV. b) Cosack Wertpapiere § 130 IV.
[4]) A. A. Bacmeister § 4 III.

allen Rektapapieren innewohnenden Legitimationskraft beruht, die in den einzelnen angeführten Fällen vom Gesetz nur weiter ausgebaut ist.

2. Es wurde schon angedeutet, daß der Schuldner mit befreiender Wirkung unter Umständen auch an einen Nichtberechtigten leisten kann. Dies führt uns zu der zweiten Eigenschaft, die eine Urkunde haben muß, um Wertpapier zu sein, zu der Rechtsscheinwirkung.[1]) Diese bedeutet die Einfügung des sachenrechtlichen Gutglaubensschutzes in das System des Wertpapierrechts. Was lag, nachdem man das Recht der Urkunde unterworfen hatte, näher, als auch für das Recht die Regeln über den guten Glauben zur Anwendung zu bringen. Bezieht sich nach allgemeinen Grundsätzen der gute Glaube nur auf dingliche Rechte, so wird er im Wertpapierrecht auch auf Forderungsrechte ausgedehnt. Es ist dies die unvermeidliche Konsequenz, die aus der Verbriefung folgt, im System des Wertpapierrechts nichts weiter als eine Fortbildung der Legitimationsfunktion. Denn das Papier legitimiert nicht nur den Berechtigten, es gibt auch den Nichtberechtigten einen Rechtsschein der Berechtigung, so daß also der gutgläubige Schuldner an diesen mit befreiender Wirkung leisten kann.

Papiere, die mit diesem Rechtsschein ausgestattet sind, heißen darum auch Papiere öffentlichen Glaubens oder skripturrechtliche, schriftgemäße Papiere. Dies auch aus folgendem Grunde: Es wurde festgestellt, daß das Recht in die Urkunde derart aufgenommen ist, daß sein Bestehen, sein Inhalt ausschließlich aus dem Inhalt des Papieres entnommen werden kann. Alles, was außerhalb des Papieres liegt, findet daher, wenn es nicht bekannt ist, keine Berücksichtigung. Das hat wiederum nach zwei Seiten hin seine Vorteile.

Der Gläubiger erwirbt das Recht nur, wie es in der Urkunde enthalten ist, und wie es sich ihm in der Urkunde erkennbar darstellt. Was außerhalb des Papiers ist, kümmert ihn nicht, er braucht sich insbesondere Einreden nicht entgegen halten zu lassen, die nicht aus der Urkunde hervorgehen.[2])

Der Rechtsschein bewirkt also eine Zerstörung von solchen Einreden, die nach Art. 83 W. O., § 796 BGB., § 364 HGB., § 18 Abs. 2 Sch. Ges. weder absolute noch relative Einreden sind, oder wie das Gesetz sagt, die weder aus dem Recht selbst hervorgehen, noch dem Schuldner unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Für den Schuldner bildet die Grundlage seiner Leistung der Inhalt der Urkunde. Darüber hinaus

[1]) Jacobi § 1.
[2]) Cosack, Wertpapiere § 120 II

kann er nicht in Anspruch genommen werden, Sonderabreden wirken nicht gegen ihn.

Bei der Rechtsscheinwirkung tritt besonders deutlich der Unterschied zu Tage, auf dem die Zweiteilung der Wertpapiere in vollkommene und unvollkommene, in Inhaber- und technische Orderpapiere und in Rekta- und einfache Orderpapiere beruht. Denn Papiere mit öffentlichem Glauben, skripturrechtliche Papiere, sind nur die vollkommenen Wertpapiere, die Inhaber- und technischen Orderpapiere, weil bei ihnen die Verkörperung des Rechts so weitgehend durchgeführt ist, daß allein die sachenrechtlichen Normen ihr Schicksal bestimmen. Den Rektapapieren, bei denen es nur auf die Regeln des verbrieften Rechtes ankommt, fehlt dagegen jeder Rechtsschein.[1])

Da der Hypothekenbrief nicht Träger des Rechts ist, so müßte ihm folgerichtig auch jede Legitimationskraft fehlen. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Brief ist vielmehr mit Legitimationskraft ausgestattet, wie § 1155 BGB. erweist.[2])

Den Zweck dieser gesetzlichen Regelung, den Brief auf diesem Wege zum Vermittler des öffentlichen Glaubens des Grundbuches zu machen, haben wir oben festgestellt. Allein aus diesem Gesichtspunkt heraus ist die Legitimationsfunktion des Briefes zu verstehen.[3]) Sie folgt nicht aus seinem inneren Wesen, aus der wertpapierrechtlichen Verkörperung des Hypothekenrechts. Denn diese gibt es beim Briefe nicht.

Seine Legitimationsfunktion ist ihm von außen beigefügt, weil die letzten Konsequenzen aus der gesetzlichen Regelung der Briefhypothek sie verlangten.

So hat der Brief nach § 1155 BGB. Legitimationskraft, denn er weist zusammen mit einer ununterbrochenen, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen seinen Besitzer als formell Berechtigten aus, so daß von diesem wie vom eingetragenen Berechtigten gutgläubig erworben oder an ihn mit befreiender Wirkung geleistet werden kann.

Eine weitere Folge dieser Legitimation ist, daß der durch den Brief und die Urkunden des § 1155 BGB. Legitimierte sich jeder Zeit ins Grundbuch als Gläubiger eintragen lassen kann (unter Beachtung der §§ 26, 40 GBO.). Dann tritt an die Stelle der Legitimation aus § 1155 BGB. die Legitimation durch das Grundbuch. Der Brief wird dadurch seiner Legitimationsfunktion enthoben.

Als Legitimationspapier i. S. des Wertpapierrechts ist daher der Brief nicht anzusprechen.

---

[1]) Cosack, Wertpapiere § 130 IV.
[2]) Kretzschmar Bem. 1 zu § 1116.
[3]) Cosack II. Bd. § 81 I. b) S. 296. Bezeichnet sie als „die Erweiterung des Publizitätsprinzips in subjektiver Hinsicht."

Der Brief vermittelt ferner nach § 1155 BGB. den öffentlichen Glauben des Grundbuches entsprechend den §§ 891 f. BGB. Der Brief selbst hat keinen öffentlichen Glauben.[1]) Der Rechtsschein der skripturrechtlichen Papiere beruht aber ausnahmslos auf den Grundsätzen der §§ 932 f., die für das Wertpapierrecht beträchtlich erweitert sind, z. B. Art. 74 W. O. Danach genießen die Wertpapiere für sich als bewegliche Sachen und als Träger des Rechts auch für das verbriefte Recht den Schutz des guten Glaubens. Es besteht also auch in diesem Punkte ein wesentlicher Unterschied zwischen den Wertpapieren und dem Hypothekenbrief, so daß wir zu dem Ergebnis kommen: Der Brief besitzt einmal eine anders als die der Wertpapiere geartete Legitimationskraft,[2]) und es fehlt ihm ferner jeder eigene Rechtsschein, da er wie die Rektapapiere dem Grundsatz des § 952 BGB. untersteht und keinen eigenen öffentlichen Glauben nach § 932 f. BGB. genießt.

δ) Wertpapiere sind ferner Präsentationspapiere.[3]) Will der Gläubiger sein Recht geltend machen, so muß er dem Schuldner das Papier vorlegen, präsentieren (z. B. Präsentation zur Zahlung beim Wechsel). Zu diesem Zwecke muß er sich zum Schuldner hinbegeben, weshalb Schulden aus Wertpapieren, auch wenn sie Geldleistungen betreffen, stets Holschulden sind. Dies hat seinen zwingenden Grund in der rechtlichen Gestaltung der Wertpapiere, vor allem in ihrer Legitimationsfunktion.

Sind auch die Wertpapiere Funktionäre des Geldverkehrs, so stehen sie doch nicht dem Gelde gleich. Für sie gilt daher § 270 Abs. 1 BGB., der Geldschulden für Bringschulden erklärt, nicht.

Vom Schuldner kann nicht verlangt werden, daß er den Gläubiger aufsucht, den er in den meisten Fällen gar nicht kennt.

Der Hypothekenbrief ist kein Präsentationspapier, denn wie aus § 1160 BGB. folgt, braucht der Brief bei der Geltendmachung der Hypothek nicht vorgelegt zu werden.[4])

ε) Hat der Gläubiger durch Präsentation des Papiers sich als Berechtigten legitimiert, und ist durch Leistung des Schuldners das Recht erloschen, so ist die Aufgabe der Urkunde erfüllt. Sie muß jetzt aus dem Verkehr gezogen werden. Anderenfalls würde die Urkunde den Gläubiger oder einen anderen weiter formell als Berechtigten legitimieren, und der Schuldner müßte trotz Unterganges des Rechtes noch einmal leisten. Um den Schuldner hiervor zu schützen, gibt ihm das Gesetz das Recht, gegen Er-

[1]) Ennecceros II. Bd. § 142 VI.
[2]) Endemann § 118. 1. a E.
[3]) Jacobi § 18. 4. a) u. b)
[4]) Planck, Bem. 5 zu § 1116.

füllung der Verbindlichkeit die Aushändigung des Papieres zu verlangen.[1]) So §§ 785, 797 BGB., Art. 39 W. O.

Aus diesem Grunde bezeichnet man die Wertpapiere als Einlösungspapiere. Wenn wir beim Hypothenbrief gleichlautende Bestimmungen finden (§ 1144 BGB.), so hat das seinen Grund einmal in der Legitimationskraft des Briefes, die wir bei ihm festgestellt haben. Es kommen daher beim Brief für die Einlösung die gleichen Gesichtspunkte in Betracht, die wir eben bei den Wertpapieren erkannt haben. Doch gilt dies nur für den Fall, daß nach § 1160 BGB. der Geltendmachung der Hypothek ohne Briefvorlegung widersprochen ist.

Ein weiterer Grund aber zur Einlösung ergibt sich aus der formellrechtlichen Bestimmung, daß der Brief zur Berichtigung des Grundbuches oder zur Löschung der Hypothek vorgelegt werden muß. (§ 42 GBO.) Es muß daher dem Eigentümer ermöglicht werden, den Brief in seine Hände zu bekommen, und zwar möglichst schnell. In diesem Sinne ist § 1144 BGB. zu verstehen.

Daß die Rücksicht auf die formellrechtliche Vorschrift des § 42 GBO. in der Hauptsache dazu geführt hat, den Hypothekenbrief zu einem Einlösungspapier zu machen, erhellt aus folgendem: Ein Verzicht auf das Widerspruchsrecht des § 1160 BGB. ist möglich. Durch den Verzicht wird der Brief bei der Geltendmachung der Hypothek ausgeschaltet. Damit entfällt seine Legitimationsfunktion. Da der Verzicht durch Eintragung verdinglicht werden kann, so dürfte bei Ausschaltung des Briefes die Gefahr einer formellen Legitimation, der eine materielle Berechtigung wegen Untergang des Rechtes nicht mehr entspricht, nicht bestehen. Wenn trotzdem nach § 1144 BGB. auf Aushändigung des Briefes bestanden werden kann, so erklärt sich dies nur aus dem eben erörterten Gesichtspunkte, § 42 GBO.

ζ) Die Aufnahme des Rechtes in die Urkunde ergibt, daß ohne die Urkunde das Recht nicht verwertet werden kann. Kommt die Urkunde abhanden oder wird sie vernichtet, so liegt das Recht brach.[2]) Nicht nötig ist, daß es zugleich mit der Urkunde untergeht. Das ist nur bei konstitutiven Urkunden der Fall. Die meisten Wertpapiere sind jedoch keine konstitutiven Urkunden. Da nun einerseits die Papiere in raschem Wechsel von Hand zu Hand gehen und dadurch die Gefahr des Abhandenkommens und ihrer Vernichtung sehr groß ist, andererseits das verbriefte Recht ohne die Urkunde nicht verwertet werden kann, so hat der Gesetzgeber in einzelnen Fällen[3]) dafür gesorgt, daß

---

[1]) Jacobi § 18. 2.

[2]) Duplikate sind nur in gewissen Fällen zulässig. Sie stehen der Urkunde nicht gleich, vertreten sie nur bei gewissen Funktionen. Träger des Rechts mit den daraus fließenden Wirkungen bleibt stets die Originalurkunde.

[3]) § 808 Abs. 2 BGB. § 228 HGB. § 8 Abs. 1 Reichsbankstatut, § 103 Preuß. Berggesetz.

durch Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotverfahrens das in Verlust geratene Papier ersetzt werden kann.[1])

Hierbei handelt es sich nun nicht um eine Erneuerung des untergegangenen Rechtes, wie Schwerin annimmt[2]) Denn es ist unter Berücksichtigung der über die Amortisation ergangenen gesetzlichen Bestimmungen festzustellen, daß nur bei solchen Wertpapieren, die nicht konstitutive Urkunden sind, bei denen also Entstehung und Untergang des Rechtes außerhalb der Urkunde erfolgen, die Amortisation möglich, zulässig und im Interesse des Berechtigten auch erforderlich ist. Und zwar erfolgt sie bei abhanden gekommenen und bei vernichteten Papieren.

Eine besondere Regelung haben nur der Wechsel in Art. 73 W. O. und die Inhaberschuldverschreibung in § 799 BGB. erfahren.

Da der Wechsel eine Konstitutivurkunde ist, so kann nach Art. 73 W. O. nur beim abhanden gekommenen Wechsel die Amortisation beantragt werden. Das Abhandenkommen bedeutet den unfreiwilligen Verlust der tatsächlichen Gewalt über eine Sache. Eine Vernichtung des Gegenstandes ist damit nicht verbunden. Das abhanden gekommene Papier ist in der Regel noch vorhanden und kann durch seinen Rechtsschein in der Hand eines Nichtberechtigten dem wahren Berechtigten gefährlich werden. Zur Sicherung des Berechtigten dient daher Art. 73 W. O. Bei der vernichteten Wechselurkunde besteht eine solche Gefahr nicht, denn mit der Vernichtung des Papiers ist auch das Wechselrecht zu Grunde gegangen. Eine besondere Kraftloserklärung ist daher in diesem Falle überflüssig.

Wenn für die Orderpapiere des § 363 HGB. in § 365 Abs. 2 HGB. eine andere Bestimmung getroffen ist, indem nämlich die Kraftloserklärung zulässig sein soll auch für den Fall der Vernichtung der Urkunde, so hat dies seinen Grund darin, daß die gekorenen Orderpapiere keine konstitutiven Urkunden sind. Denn sie verbriefen ein Recht, das aus einem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft entstanden ist.[3]) Man bezeichnet sie, da sie von einem solchen Rechtsgeschäft abhängig sind, auch als kausale Wertpapiere, im Gegensatz zum Wechsel, der abstrakt ist.[4])

Einer Ausnahmeregelung unterliegen die Inhaberschuldverschreibungen in § 799 BGB. Sie können auch bei Vernichtung der Urkunde für kraftlos erklärt werden, soweit in der Urkunde selbst nicht das Gegenteil bestimmt ist oder sie nicht auf Sicht zahlbare unverzinsliche Schuldverschreibungen sind.

Die Urkunde wird durch das im Aufgebotverfahren ergangene Ausschlußurteil für kraftlos erklärt. (§ 1017 ZPO.) Es bleibt

---

[1]) Jacobi § 16.
[2]) Schwerin § 6 I. 1. b)
[3]) Beim Ladeschein z. B. das Frachtgeschäft, beim Lagerschein das Lagergeschäft usw.
[4]) Schwerin § 3 IV.

dann den Beteiligten überlassen, mit dem Urteil, das an die Stelle der Urkunde tritt, ihre Rechte geltend zu machen, oder aber eine neue Urkunde zu bilden.

Daß bei dem Hypothekenbrief ein gleiches Verfahren mit den gleichen Grundsätzen gilt, haben wir oben festgestellt.

3. Fassen wir zusammen, was die Rektapapiere an allgemeinen wertpapierrechtlichen Eigenschaften besitzen:[1])

Rektapapiere sind Urkunden und enthalten verbriefbares, d. h. übertragbares Recht, lauten in der Regel auf einen bestimmten Namen. Ihre Übertragung erfolgt nach den allgemeinen Übertragungsregeln, die für das verbriefte Recht gelten. Sie unterstehen dem Grundsatz des § 952 BGB. Sie sind Träger des Rechts und haben eine beschränkte Legitimationskraft, indem sie nur den als Berechtigten legitimieren, der materiellrechtlich wirksam das Recht erworben hat. Sie entbehren jedoch des Rechtsscheines. Ferner sind sie Präsentations- und Einlösungspapiere und amortisierbar. Sie erfüllen somit alle wesentlichen Voraussetzungen, die eine Urkunde haben muß, um Wertpapier i. S. des Brunnerschen Begriffs zu sein.

Vergleichen wir hiermit den Hypothekenbrief, so besitzt er von diesen den Rektapapieren eigentümlichen Eigenschaften folgende:

Auch er ist eine Urkunde und dient einem übertragbaren und darum verbriefbaren Recht. Auch er lautet auf den Namen eines bestimmten Gläubigers und kann nicht an Order oder auf den Inhaber gestellt sein. Die Übertragung erfolgt durch Abtretung des Hypothekenrechts nach § 1154 BGB., der schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe vorschreibt. § 1155 ist ähnlich der Abtretung von Forderungen §§ 398 ff. BGB. gestaltet. Im übrigen folgt auch der Hypothekenbrief der Bestimmung des § 952 BGB. In Verbindung mit den Urkunden des § 1155 besitzt der Brief auch Legitimationskraft, indem er zusammen mit einer lückenlosen Reihe der genannten Urkunden den materiellberechtigten Besitzer dem in Grundbuche eingetragenen Gläubiger gleichstellt.

Es kann ferner nach § 1144 BGB. die Aushändigung des Briefes verlangt werden. Ebenso ist im Falle eines Verlustes die Kraftloserklärung des Briefes gewährt.

Dagegen fehlt dem Hypothekenbrief die Eigenschaft, Träger des Rechts zu sein. Auch ist er kein Präsentationspapier. Äußerlich betrachtet ist demnach eine erhebliche Übereinstimmung zwischen dem Hypothekenbrief und den Rektapapieren festzustellen.

---

[1]) Bacmeister § 4 III.

Ausschlaggebend für die Wertpapiernatur der Rektapapiere ist, daß sie

1. Träger des Rechts sind,
2. Legitimationskraft haben,
3. Präsentationspapiere und Einlösungspapiere und
4. amortisierbar sind.

Hiervon haben Hypothekenbrief und Rektapapiere die Legitimationskraft, das Erfordernis der Aushändigung und die Amortisierbarkeit gemeinsam. Es ist aber oben festgestellt, daß beim Hypothekenbrief und bei den Rektapapieren diese Eigenschaften ihre innere Begründung aus verschiedenen Quellen herleiten.

Für die Rektapapiere verlangt der Grundsatz: „ohne Papier kein Recht" die sich gegenseitig bedingenden Eigenschaften der Verkörperung, Legitimation, Präsentation, Einlösbarkeit und Amortisation. Sind diese bei den Rektapapieren auch teilweise nur schwach durchgeführt, so sind sie doch zweifellos vorhanden. Jede bedeutet eine conditio sine qua non für die Wertpapiernatur der Rektapapiere.

Da der Brief nicht Träger des Rechts ist, so muß sich seine Legitimationskraft aus einem anderen Grunde ergeben. Das ist seine Zweckbestimmung, Vermittler des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu sein. Aus dem gleichen Grunde folgt mit Notwendigkeit das Erfordernis der Aushändigung und der Amortisation, diese beiden letzteren auch noch bedingt durch die formellen Funktionen, die der Brief im Grundbuchverkehr zu erfüllen hat.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis:

Trotz mehrerer äußerlicher Gemeinsamkeiten weichen die Rektapapiere und der Hypothekenbrief ihrem Wesen, ihrer inneren Struktur, ihrer Zweckbestimmung nach so erheblich von einander ab, daß der Brief nicht zu den Rektapapieren gerechnet werden kann.[1])

4. Ist der Brief kein Rektapapier, so fragt es sich, ob er etwa neben den Rektapapieren und den anderen Wertpapieren eine besondere, selbständige Kategorie eines Wertpapieres bildet, ob er sui generis, ein Wertpapier eigener Art ist.

Aus der gesetzlichen Regelung im BGB. und GBO. tritt uns ein Bild des Briefes entgegen, das zu dieser Frage Anlaß gibt.

Zu dem, was wir oben im Vergleich mit den Rektapapieren als dem Hypothekenbrief eigentümlich festgestellt haben, tritt noch

[1]) Diesen Unterschied erkennt auch Schwerin an, der sonst den Brief zu den Rektapapieren rechnet. Der Brief ist nach ihm (a. a. O. § 1 V.) „von so eigenartigem Zweck, daß er nicht einmal als Typus des Rektapapiers angesehen werden kann; was von ihm gilt, ist nicht auf Rektapapiere schlechthin übertragbar."

folgendes, woraus man eine Ähnlichkeit des Briefes mit dem Wechsel hergeleitet hat:[1])

Da der Hypothekenbrief dem Hypothekenrecht dient, bezeichnet man ihn als sachenrechtliches Wertpapier.[2]) Die Bestimmungen der GBO. §§ 56, 57 über die wesentlichen Erfordernisse des Briefes entsprechen dem Art. 4 der Wechselordnung.

Die schriftliche Abtretungserklärung des § 1154 BGB. wird mit dem Indossament der Orderpapiere verglichen.[3])

Wie bei dem Indossament, so stellt man auch bei der Abtretungserklärung eine Transport- und eine Garantiefunktion fest.[4])

Nach Fischer überträgt die Abtretungserklärung wie das Indossament „das in der Urkunde verbriefte Recht auf den dritten Erwerber", jedoch anders wie beim Indossament nur die materiell gültige, die „echte" Abtretungserklärung. Eine Garantiefunktion, gänzlich anders geartet als die des Indossaments, erblickt Fischer in dem Schutz des guten Glaubens, den der Brief im Zusammenhang mit dem Grundbuch gewährt.

Fischer geht aus von der Verbriefung des Hypothekenrechts in der Urkunde. Wir haben erkannt, daß eine solche nicht zutrifft. Doch ist die Verbriefung des Rechts nicht wesentlich für die Transportfunktion, wie Fischer sie versteht. Denn diese könnte auch bestehen, wenn die Abtretung ein unverbrieftes Recht überträgt, während die Übergabe des Briefes als Bestandteil des Abtretungsgeschäftes erfolgt, wie es das Gesetz auch tatsächlich vorsieht. Wir haben aber erkannt, daß die innige Verbindung von dinglichem und obligatorischem Recht bei der Hypothek dazu geführt hat, zwecks leichterer Übertragbarkeit die Übertragung der Briefhypothek der Abtretung des Obligationenrechtes anzupassen. Die Abtretungserklärung des § 1154 BGB. ist keine besondere, außergewöhnliche Übertragungsform, dem Indossament ähnlich gebildet, sondern sie ist genau dieselbe Abtretungserklärung, wie die des § 398 BGB. oder des § 792 BGB., nur daß die letztere und die des § 1154 BGB. durch schriftliche Form qualifiziert sind (vergl. oben S. 8) und bei beiden zu einer rechtsgültigen Übertragung die Übergabe der Urkunde, der Anweisung oder des Briefes hinzukommen muß. Und was von Fischer als Transportfunktion angesprochen wird, ist lediglich die Wirkung des Abtretungsvertrages. (§ 398 BGB.)

---

[1]) Werner S. 23 „Hypothekenbrief ein Realwechsel".

[2]) Jacobi § 21 III. 2) Schwerin § 2 I. 1. c) Bacmeister § 2 II.

[3]) Crome § 452 Note 33: „Der Brief wird als Namenpapier übertragen, wenngleich nicht in der Form der Zession wie bei gewöhnlichen Rektapapieren, sondern in orderähnlicher Weise." Siehe auch Note 26 zu § 471 a. a. O. Enneccerus § 142 VI.

[4]) Fischer S. 265.

Mit Garantiefunktion aber, mit einem eindeutig festgelegten wissenschaftlichen Begriff[1]) etwas zu bezeichnen, das nichts zu tun hat mit dem, was man sonst unter diesem Begriff versteht, ist gewagt und irreführend.[2])

Es soll zugegeben werden, daß es sich bei der rechtlichen Gestaltung des Hypothekenbriefes um eine Sonderregelung handelt. Der Brief stellt fraglos eine Rechtsurkunde eigener Art dar. Und es muß versucht werden, diese Sonderregelung zu erklären, zu begründen und systematisch zu erfassen. Das kann aber nicht auf dem Wege geschehen, daß man eine Rechtseinrichtung auf Grund einer gewissen äußeren Gleichartigkeit mit anderen Rechtsinstituten in deren System einfügt. Nur bei einer Überstimmung in wesentlichen Punkten, vor allem im Wesen, Inhalt und Zweck ist eine gleiche systematische Behandlung möglich, ohne daß sich Zweifel und Widersprüche ergeben.

Gehen wir dem Wesen des Hypothekenbriefes unter Berücksichtigung seiner rechtlichen Funktionen näher auf den Grund, so müssen wir erkennen, daß er nur wenige von den Voraussetzungen erfüllt, die als allgemeine Grundforderungen des Wertpapierrechtes von Theorie und Praxis aufgestellt sind.

Der Brief kann nicht zu den Rektapapieren gerechnet werden, weil er die Eigenschaften, die deren Wertpapiernatur ausmachen, nicht hat. Wird er aber nicht einmal diesen auf der niedrigsten Stufe der Wertpapiere stehenden und die Mindestforderungen für Wertpapiere enthaltenden Urkunden gerecht, dann erscheint es überhaupt zweifelhaft, ob der Brief zu den Wertpapieren gehört. Will man ihn in das System des Wertpapierrechts einbeziehen, so muß man den Wertpapierbegriff wesentlich erweitern, da der Brief neue, ganz anders geartete Gesichtspunkte enthält. Das geben auch die Vertreter der Wertpapiernatur des Briefes zu.[3])

Hiergegen ist aber zu sagen:

Seine Zuflucht zu einer Erweiterung des Wertpapierbegriffes zu nehmen, um den Brief zum Wertpapier stempeln zu können, erscheint wenig zweckmäßig. Denn die allgemeinen Begriffe sind im Wertpapierrecht schwankend. Ihre Bildung ist, da es an einer einheitlichen, gesetzlichen Regelung des allgemeinen Wertpapierrechtes fehlt, der Wissenschaft und Praxis überlassen und daher dem Widerstreit der Meinungen ausgesetzt. Soweit sie sich allgemein durchgesetzt haben, sind sie doch nicht so eindeutig festgelegt, daß sie keine Angrifispunkte mehr bieten, noch zu Zweifeln Anlaß geben.[4])

---

[1]) Garantiefunktion bedeutet: Jeder aus dem Wechsel ersichtliche Indossant, Akzeptant, Remittent haftet dem Berechtigten wechselmäßig.

[2]) Vergl. auch Mot. 617 und 750: „Ein Bedürfnis, den Brief zu einem indossablen Wertpapier zu machen, ist nicht anzuerkennen."

[3]) Fischer S. 324, Biermann Sachenrecht.

[4]) Z. B. haben wir das oben schon bei der Brunnerschen Definition des Wertpapiers feststellen können.

Sind sie also schon nicht ganz feststehend und nicht fest begrenzt, so würde die Ungewißheit und Unsicherheit noch vergrößert werden, wollte man sie unter Einbeziehung abseits liegender Gesichtspunkte erweitern. Die Folge wäre fraglos ein wahrer Rattenkönig neuer Zweifel und Meinungen. Eine einheitliche Rechtsprechung würde illusorisch, zum mindesten sehr erschwert werden. Daß ein solches Ergebnis aber nicht im Interesse des Rechts-, des Verkehrslebens, überhaupt des Gemeinschaftslebens, dem Gesetz, Rechtsprechung und Wissenschaft dienen, das sie fördern sollen, liegen kann, leuchtet ein.

Diese Erwägungen führen uns dazu, an dem Brunnerschen Begriff des Wertpapieres, der von der Wissenschaft aufgenommen jetzt allgemein angewandt wird, festzuhalten.

Aus diesem Begriff in seiner weitesten Fassung ergeben sich die Konsequenzen, die oben in Abschnitt II a) 2. als die Grundbedingungen für die Wertpapiernatur einer jeden Urkunde festgestellt sind.

Paßt der Brief nicht unter diesen Begriff, erfüllt er die wesentlichsten Vorraussetzungen für ein Wertpapier nicht — und das müssen wir feststellen —, so ist es nicht gestattet, ihn als ein Wertpapier zu bezeichnen. Denn unter einem solchen versteht man ein ganz bestimmtes Rechtsinstitut mit bestimmten Eigenschaften und Funktionen. Wendet man diese Bezeichnung auf ein anders geartetes Institut, den Brief, an, so würde sie irreführen. Denn man müßte daraus entnehmen, daß der Brief in seinen Eigenschaften einem Wertpapier entspräche.

Auch eine gewisse Ähnlichkeit mit einzelnen Wertpapieren,[1]) die fraglos beim Brief vorhanden ist, gibt nicht das Recht, den Brief nun rechtlich als Wertpapier zu werten und ihn nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen zu behandeln.

Das würde seiner rechtlichen Gestaltung, seiner äußeren Form, seinem Wesen, seiner Zweckbestimmung widersprechen. Denn es ist zusammenfassend festzustellen:

b) Die rechtlichen Funktionen des Hypothekenbriefes, die wir oben zusammengestellt und untersucht haben, lassen erkennen, daß der Brief im System der Briefhypothek nur eine nebengeordnete Rolle spielt, daß er nicht Ziel und Krone der rechtlichen Gestaltung der Briefhypothek ist.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Briefhypothek in das Hypothekenrecht eine besondere Regelung gewollt, vor allem den einen Zweck dabei verfolgt, das Hypothekenrecht durch die Briefhypothek zu mobilisieren und durch den Hypothekenbrief zu einem Verkehrsdiener zu machen. Um diesen Zweck zu erreichen, wurde der Brief mit so mannigfachen Eigenschaften

[1]) Staudinger I. 1 a) zu § 1116. Güthe A. 2. zu § 56.

ausgestattet, daß er als eine Rechtsurkunde außergewöhnlicher Art erscheint. Um diese systematisch zu erfassen, haben wir zuerst versucht, uns aus den gesetzlichen Bestimmungen über Briefhypothek und Hypothekenbrief ein Bild von dem Brief und seinem Wesen und Wirken zu machen. Wir haben dann, worauf sich unsere Streitfrage bezog, die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Wertpapierrechtes zusammengestellt und geprüft. Wenn wir nun zusammenfassend die Tatsache der rechtlichen Gestaltung des Hypothekenbriefs den Normen des allgemeinen Wertpapierrechtes unterstellen, so ergibt sich aus dieser Subsumtion, daß der Hypothekenbrief kein Wertpapier im Sinne des geltenden Prinzips sein kann.

Es folgt daraus weiter als Sinn der gesetzlichen Regelung, daß der Brief auch kein Wertpapier sein soll. Denn die Aufgabe der Wertpapiere ist es, dem Handelsverkehr zu dienen.[1]) Das ist das Ziel ihrer gesetzlichen Normierung im einzelnen, darauf zielen auch die von Wissenschaft und Rechtsprechung[2]) ausgebildeten allgemeinen Grundsätze. Den Anforderungen, die diese Zwecksetzung an die Wertpapiere stellt, werden sie auch größtenteils im hohen Maße gerecht. Weniger oder garnicht geeignet erscheinen nur die Papiere, die infolge einer komplizierten Übertragungsform schwerfälliger zu handhaben sind. Zu den letzteren gehören alle durch Zession übertragbaren, insbesondere die Rektapapiere.

Wohl geht die ratio des Gesetzes dahin, die Briefhypothek verkehrsfähig zu machen, d. h. aber nicht, daß der Brief ein Wertpapier sein soll. Eine Verkehrsfähigkeit ist auch möglich, ohne daß der Brief Wertpapier ist. Daß dies nicht als letztes Ziel erstrebt wurde und auch tatsächlich nicht sein kann, erhellt noch aus folgendem:

Um dem Handelsverkehr dienen zu können, müssen die Wertpapiere „Ware", d. h. bewegliche Sachen[3]) sein. Als Ware aber müssen die Papiere selbständige Vermögensgegenstände[4]) sein. Dies wird erreicht durch die Verkörperung des Rechts in der Urkunde. Ein Papier, eine an sich wertlose bewegliche Sache, wird Träger eines Rechts, das einen Wertgegenstand darstellt. Das Papier wird durch diese Verbindung selbst ein Wertgegenstand. Und da seine Übertragung, Pfändung, Verpfändung, Nießbrauchsbestellung und andere Rechtsgeschäfte sachenrechtlichen Vorschriften folgen, so ist in dem Wertpapier ein Rechtsgebilde geschaffen, das als Ware durch seinen Wert, seine Beweglichkeit und seine sichergestellte Verwertbarkeit in besonderem Maße geeignet ist, dem Handelsverkehr zu dienen.

---

[1]) R. G. St. 11, 429. Jacobi § 1.
[2]) R. G. Z. 16, 85.
[3]) vgl. § 1 HGB. und Staubs Anm. dazu. Oberneck i. Gruchots Beitr. S. 818.
[4]) Cosack, Wertpapiere § 116 II. 1.

Anders bei den Rektapapieren,[1]) bei denen das Papier die Schicksale des Rechtes nicht bestimmt, anders auch beim Hypothekenbrief. Der Brief kann kein selbständiger Vermögensgegenstand sein.[2]) Denn er ist einmal als Papier keine selbständige Sache, sondern abhängig vom Hypothekenrecht. Er ist nicht selbständig übertragbar, kann nicht allein ge- oder verpfändet werden, auch ist ein Zurückbehaltungsrecht, das es bei den Wertpapieren gibt, an ihm nicht möglich. Nur das Hypothekenrecht kann übertragen, ge- und verpfändet und mit einem Nießbrauch belastet werden.[3]) Daher kommt der Brief garnicht als Ware des Handelsverkehrs in Betracht.

Die Antwort, die wir auf die erste Frage nach der Wertpapiernatur des Hypothekenbriefs de lege lata geben müssen, lautet demnach: Die vom Verkehr verlangte Wertpapiernatur des Hypothekenbriefs kann aus seinen rechtlichen Funktionen nicht hergeleitet werden.[4]) Die allgemeinen Normen des Wertpapierrechtes sind auf den Hypothekenbrief nicht anwendbar, da der Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ergibt, daß der Brief nicht als Ware, als selbständiger Vermögensgegenstand Objekt und Träger des Handelsverkehrs sein soll.[5])

Neben dieser negativen Antwort ist die positive Antwort zu geben:

Der Brief ist einmal als Beweisurkunde gedacht, denn er beweist den Bestand des Rechtes und die Eintragung im Grundbuch. Verbunden mit der Schuldurkunde kann er auch Beweis für die der Hypothek zugrunde liegende Forderung erbringen.

Der Brief ist ferner Legitimationspapier und zwar ein materiellrechtliches und ein formellrechtliches, das erstere, weil er zusammen mit den Urkunden des § 1155 BGB. den Inhaber als Berechtigten ausweist und ihn dem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger gleichstellt, das zweite, weil er stets im Verkehr mit dem Grundbuchamt vorgelegt werden muß. Daneben hat er bei Erwerb und Verwertung des Hypothekenrechts materiellrechtliche Funktionen

---

[1]) Cosack, Wertpapiere, § 130 III. 2.

[2]) R. G. Z. 66, 27 und die dort angegebene Literatur. Zu beachten ist jedoch, daß der Brief in Verbindung mit dem Hypothekenrecht einen Bestandteil des Vermögens z. B. im Sinne des § 266 STGB. bildet. Insofern im Ergebnis richtig R. G. St. 41, 268. Wenn auch die Entscheidung von einem anderen Gesichtspunkte ausgeht, dem Brief nämlich eine selbständige vermögensrechtliche Bedeutung zuspricht (so auch Planck Bem. 5 zu § 1116). Bei einer Klage z. B. auf Herausgabe des Briefes (§ 952 BGB.) bildet den Streitwert der Wert des Hypothekenrechts. OLG. 14, 115. Rittmann-Wenz Bem. zum 2. Abschnitt.

[3]) vgl. oben Anm. 4, S. 12.

[4]) Für die Wertpapiernatur des Briefes Soergel Bem. 1 zu § 1116. Enneccerus Bd. 3 § 142 III. Cosack § 77 II. 2. Planck Bem. 5 zu § 1116. Fischer S. 323 und S. 324. Dernburg § 212. 1 und Anm. 7 dazu. Jacobi § 21 III. 2. Kretzschmar Bem. 1 zu § 1116. Bacmeister S. 3. Schwerin S. 7 IV u. S. 9.

[5]) a. A.: Oberneck i. Gruchots Beitr. S. 898 und Fischer S. 324.

zu erfüllen, welche ihn den Wertpapieren entfernt ähnlich erscheinen lassen. Jedoch ist der Brief ein Geschöpf des BGB. und daher nur aus dem BGB. heraus zu verstehen. Er gehört zu den Rechtsurkunden des BGB., die ohne direkte Beziehung zu einander nur das gemeinsam haben, daß das BGB. ihre gemeinsame Mutter ist. Hierher gehören z. B. die Schuldurkunde, der Erbschein. Auch diese Papiere sind Urkunden mit einem bestimmten Wert. Doch sind sie so einzigartig gestaltet, daß es niemandem einfallen wird, sie zu den Wertpapieren zu rechnen. So auch der Hypothekenbrief. Er ist ein Papier des Sachenrechts und bedeutet eine Sonderregelung des BGB. ohne jede rechtliche Beziehung zu anderen außerhalb liegenden Rechtsinstituten.

C. Wie steht es mit einer gesetzlichen Änderung der Rechtsnatur des Briefes? Wir haben einleitend betont, daß eine Änderung auf dem Gesetzgebungswege stets etwas Gewaltsames an sich hat. Bevor man sich daher zu einem solchen Schritte entschließt, wird man prüfen müssen, ob dieser Weg notwendig und ob er zweckmäßig ist.

Aus dem geltenden Recht haben wir die Wertpapiernatur des Hypothekenbriefes nicht feststellen können. Muß sie nun de lege ferenda verlangt werden?

Unbedingt erforderlich ist die Wertpapiernatur des Briefes für den Rechtsverkehr nicht. Die Wirtschaft hat sich, wo sie beim Grundkredit ein Wertpapier brauchte, in anderer Weise zu helfen gewußt. Der Geldverkehr schuf sich das Institut der Pfandbriefe. Wo der Hypothekenbrief infolge seiner rechtlichen Gestaltung zur Erfüllung wirtschaftlicher Aufgaben nicht ausreicht, tritt ergänzend der Pfandbrief als Wertpapier, und zwar als Inhaberpapier neben ihn. Die Grundkreditanstalten, wie die Landschaften und die Hypothekenbanken (Hy. Bank Ges. v. 1899) gewähren hypothekarisch gesicherte Darlehen, die ersteren vornehmlich der Landwirtschaft, die zweiten hauptsächlich dem städtischen Grundbesitz. Die Gelder für diese Darlehen erhalten die Anstalten durch die Ausgabe von Pfandbriefen. Die Belastung der Grundstücke erfolgt in der Regel durch Briefhypotheken. Die bei den Anstalten deponierten, besonders gestalteten Hypothekenbriefe[1]) dienen zur Sicherung des Pfandbriefinhabers und zur Deckung der ausgegebenen Pfandbriefe.

Auf diese Weise wird durch Vermittlung der Pfandbriefe, die an der Börse gehandelt werden, der Hypothekenbrief oder richtiger der von ihm in Verbindung mit dem Hypothekenrecht dargestellte geldliche Wert zur marktgängigen Ware, ohne daß es einer Änderung der Form des Hypothekenbriefes oder der Briefhypothek bedurfte.

---

[1]) Sie enthalten die Bezeichnung besonderer Nebenleistungen, sowie die Bezugnahme auf die Anstaltssatzungen.

Im übrigen dürfte die rechtliche Gestaltung der Hypothek als Briefhypothek mit dem Ziel der Verkehrserleichterung den Anforderungen, die Kreditnehmer und -geber im Rechtsverkehr an sie stellen, völlig entsprechen. Ein dringendes Bedürfnis nach einer Änderung besteht somit nicht. Es erscheint daher wenig zweckmäßig, die festgefügte Form der Briefhypothek im BGB. zu zerschlagen. Denn um den Brief zum Wertpapier umwandeln zu können, müßte man nicht nur den Brief, sondern auch alle die Briefhypothek betreffenden Normen grundlegend verändern.

Der Erfolg aber wäre im wesentlichen der gleiche wie der, den das Wirtschaftsleben auf dem Wege der Selbsthilfe durch das Institut der Pfandbriefe bereits erreicht hat. Der Weg, den die Gesetzgebung zu gehen hätte, würde zu einer Verschmelzung von Pfandbrief und Hypothekenbrief führen. Einen Fortschritt würde diese Verschmelzung nicht bedeuten, denn bei dem gegenwärtigen Zustande hat das Rechtsleben den Vorteil, in der Briefhypothek und dem Hypothekenbrief einerseits, in dem Pfandbrief andererseits zwei Papiere zu besitzen, die allein oder von einander abhängig, wie es die Bedürfnisse des Augenblicks erfordern, dem Rechts- und Wirtschaftsleben wertvolle und zuverlässige Dienste zu leisten vermögen.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Albrecht August Kownatzki, bin der Sohn des Oberstabsveterinärs a. D. Arthur Kownatzki in Allenstein, Ostpreußen, wurde am 6. September 1903 in Belgard in Pommern geboren und bin evangelischer Konfession.

Seit 1913 besuchte ich das Gymnasium zu Allenstein und bestand dort am 20. März 1922 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich von Sommersemester 1922 bis Sommersemester 1925 die Rechts- und Staatswissenschaften in Tübingen und Breslau. Am 19. und 20. Februar 1926 bestand ich beim Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung und am 10. Juni 1926 an der Universisität zu Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seit November 1926 bin ich beim Amts- und Landgericht in Hildesheim als Referendar beschäftigt.